BIBLIOTHECA
JURIS UNIVERSALIS,

oder

vollständige und auserlesene

Sammlung

der besten juridischen Schriften

aus gedruckten und ungedruckten Werken

zusammengetragen

von einer patriotischen Gesellschaft.

Mit Röm. Kayſ. Maj. allergnädigſtem Privilegio.

bey Heinrich Valentin Bender, in Mannheim 1791.

Digitized by Google

Digitized by Google

COLLECTIONIS
NOTABILIORUM
DECISIONVM
SVPREMI TRIBVNALIS
APPELLATIONVM
HASSO-CASSELLANI

INDE

AB EIVS CONSTITVTIONE EMANATARVM

CVRA ET REVISIONE

PRAESIDIS HVIVS IVDICII

CLEMENTISSIME CONSTITVTI

NEC NON

SERENISSIMI LANDGRAVII CONSILIARII STATVS INTIMI

LEONHARDI HENRICI LVDOVICI GEORGII DE CANNGIESER

NVNC EDITAE

TOMVS VII.

MANNHEMII

IMPENSIS HENRICI VALENTINI BENDER,

TYPIS NOSOCOMII CIVICI.

MDCCXCI.

Digitized by Google

Digitized by Google

CONSPECTVS
ARGVMENTORVM GENERALIVM
TOMI VII.

CLXXVII. An inſtitutio oeconomiae ſeparatae ſit modus ſolvendi patriam poteſtatem moribus noſtris? pag. 3.

CLXXVIII. De remedio ſpolii. pag. 15.

CLXXIX. De laeſione ultra dimidium contra transactionem non alleganda. pag. 24.

CLXXX. De lege commiſſoria transactioni adjecta. pag. 28.

CLXXXI. De cenſita nihil percipiente, nec domino praedii quidquam praeſtante. pag. 30.

CLXXXII. De remiſſione conductori propter calamitates bellicas indulgenda. pag. 32.

CLXXXIII. De valore donationis a judice incompetente confirmata. p. 40.

CLXXXIV. De tacita fiſci in bona adminiſtratoris hypotheca. pag. 45.

CLXXXV. De duplicitate vinculi ultra fratrum liberos quoad ſucceſſionem in Haſſia non attendenda. pag. 49.

CLXXXVI. De differentia ſervitutis luminum a jure aperiendi feneſtras in proprio pariete, nec non de nunciatione novi operis. pag. 58.

CLXXXVII. De exceptione nominationis. pag. 63.

CLXXXVIII. De reſtricto jure recipiendi Judaeos in Haſſia noſtra. pag. 67.

CLXXXIX. De poſſeſſione contra jus decimandi ex uno agro in alterum et in ſpecie von Treſeney Zehenden ſecundum noſtra ſtatuta. pag. 72.

CXC. De remedio legis finalis Cod. de edicto divi Hadriani tollendo. pag. 76.

CXCI. De poſſeſſorio in cauſis venationem concernentibus contra principem. pag. 82.

CXCII. De reſtrictione juris aedificandi in ſuo. pag. 91.

CXCIII. De utili interdicto uti poſſidetis in ſpecie quoad operas ruſticorum. pag. 99.

CXCIV. De obligatione patroni quoad refectionem templi. pag. 106.

CXCV. De operis indeterminatis caſtrenſibus vulgo Burgdienſten earumque extenſione et reſtrictione. pag. 117.

CXCVI. Privilegium fiſco ratione editionis documentorum competens, eccleſiae itidem non com-

competit, bene tamen parochus ratione bonorum parochialium absque legitimatione alia vices actoris vel rei sustinere potest. pag. 119.

CXCVII. De necessaria praelectione testamenti nuncupativi in scripturam redacti, ejusque legitima probatione. pag. 123.

CXCVIII. De probatione abstentionis intuitu heredis sui. p. 129.

CXCIX. A quo sumtus intuitu reparandi coemeterii ferendi sint? pag. 135.

CC. De testimonio parentum in causis sponsalitiis liberorum. pag. 138.

CCI. Possessio feudi per se immunitatem personalem non involvit. pag. 139.

CCII. De successione in bona Colonaria secundum jura Schaumburgica. pag. 141.

CCIII. An ratione L. 6. C. de secund. nupt. plures nepotes filii praemortui vel filiae praemortuae pro una persona habeantur et de determinanda hoc casu portione filiali. p. 147.

Digitized by Google

Anzeige.

Der 6te und 7te Band von der mit dem schleunigsten Fortgang veranstalteten neuesten, verbesserten, mit möglichstem Fleiß korrigirten, unter Röm. Kayserl. Majestät allergnädigstem Privilegio in gr. 4. erscheinenden Ausgabe der Canngieserischen *Decisionen &c.* wird jetzt in einigen Tagen die Presse verlassen, und kann von den Tit. Herrn Subscribenten in Empfang genommen werden. das übrige des Werks aber, wird um so gewisser und schneller geliefert, weil mehrere Pressen mit dem Abdruck beschäftiget sind. Im Subscriptions-Preis kommt jeder Band nicht höher als 30. kr., mithin wird das Ganze sehr wohlfeil zu stehen kommen. Man begnügt sich übrigens damit ein Verehrungswürdiges Publikum in Vergleichung dieser mit jener Ausgabe in Folio, selbst urtheilen zu lassen, welche von beiden durch einen korrekten Abdruck den Vorzug verdienet. Doch wird demjenigen, welcher beide Ausgaben gegen einander unpartheyisch prüfet, sogleich auffallen, daß in der gegenwärtigen nicht nur jene in der Folio Ausgabe, und zwar am Ende des 2ten Bandes angezeigte, sondern auch sehr viele nicht angemerkte Fehler verbessert worden sind. Leztere bestehen hauptsächlich in Versetz und Auslassung der Buchstaben, wodurch öfters der ganze Sinn der Sache verstellet wird, weiter in der unrichtigen Angabe, der am Rande jeder Decision stehenden Nummern, welche auch nicht selten ganz ausgelassen, und von denen auch öfters mehr oder weniger, als in den Summarien selbsten sich befinden, angezeiget sind, ferner, in der Verwechselung der Rationum Dubitandi et Decidendi, und der Ausdrücke Appellant und Appellat, dann endlich in dem im höchsten Grade unrichtig verfaßten und auf ganz irrige Paginas hinweisenden Register. — Diese merkliche Fehler, hat man, wie bereits vor Augen liegt, zu verbessern sich fleißigst bemühet, und wird dieses bey dem übrigen des Werks, ebenfalls nicht verabsäumen, und besonders darauf bedacht sein, daß bei Abfassung gegenwärtigen Registers diese Fehler abgeändert, und dasselbe soviel wie nur immer möglich ganz Fehlerfrey, abgedruckt werde.

Solche praktische Vortheile, als dieses für alle und jede Rechtsgelehrte sehr schätzbare und ganz unentbehrliche Werk enthält, konnte man grade am besten von diesem Verfasser dem Herrn von Canngieser erwarten. Alleine! wer kennt nicht bereits schon dieses vortrefliche Werk, über das die allgemeine Stimme der Rechtsgelehrten und Recensenten schon lange entschied, und welches sich auf die Rechtsmeinungen und Entscheidungen so vieler wichtiger Männer als Pütter, Pufendorff. Cramer, Leyser, Carpzov, Boehmer, Wernher, Struv, Ludolff, Hellfeld, Lauterbach, Brunneman und viele andere mehr, besonders gründet, und deren Rechtsentscheidungen, auch in den schwehresten und dunkelsten Fällen Licht verschaffen. Recensent der allgem.

deutschen

Digitized by Google

deutschen Bibliothek im Anhang zu dem 1ten bis 12ten Band sagt: Sicher würde man eine ganz undankbare Arbeit übernehmen, wann man nur das hervorstechende dieser Decisionen, womit sich selbige so ganz besonders auszeichnen, anführen wollte, da man am Ende fast den Innhalt aller Decisionen, so schwehr ist die Wahl, anzeigen müßte. Die meisten Rechtsmaterien sind übrigens mit sovieler reifen Beurtheilung und gründlicher Gelehrsamkeit abgehandelt, daß sie allen Rechtsgelehrten schätzbar sein müssen, und das Land glücklich zu preisen ist, welches zu seinen Richtern solche Männer hat, als man hier kennen lernet.

Die Subscription bleibt noch bis Ende Merz offen, und nach Ablauf dieser Zeit, wird der Preiß um ein merkliches erhöhet. Diejenige Herren, welche auf meine ergebenste Bitte, die Subscriptions-Sammlung übernehmen, erhalten für Ihre Bemühung das 10te Exemplar frei, oder ziehen bey Einsendung des Geldes, den baaren Betrag dafür ab. Da man nach Endigung der Canngieserischen Decisionen, bei Wählung eines neuen Autors, das allgemeine Verlangen der Hrn. Subscribenten zur Maaßregel nehmen wird; so werden selbige höflichst gebeten, mir Ihre Meinung, bei Gelegenheit bekannt zu machen. Mannheim den 15. Febr. 1791.

Bis Ende August dieses Jahres, sind im herabgesetzten Preis von meinen Verlagsartikeln folgende zu haben:

Zückerts, medicinisches Tischbuch, oder Kur- und Präservation der Krankheiten, 2te vermehrte Auflage, 8. 1784. 20. kr.

Hallo's glücklicher Abend, 2 Theile, 8. 1784. 40 kr.

Youngs Klagen und Nachtgedanken über Leben, Tod und Unsterblichkeit, samt desselben übrigen kleinen Schriften, 3 Bände, mit dem Portrait des Hrn. Autors, von Hrn. Verhelß gestochen, 8. 1780. 1 fl.

Weiz, vermischte Beyträge zur gerichtlichen Arzneigelahrtheit in verschiedenen vorkommenden Fällen, für Aerzte und Rechtsgelehrte, 8. 1787. 20 kr.

Schmuckers Wahrnehmungen aus der Wundarzneykunst, 2 Bände, 8. 1784. 40. kr.

Abhandlung aus dem deutschen Staatsrechte über die Frage: Ob kaiserliche Majestät befugt sey, in Prozeßsachen von dem kaiserl. und Reichskammergericht die Akten und Protocolle einseitig abzufordern? Nebst dem kursächsischen, preußischen und handverischen Rescript, 4. 1786. 15. kr.

Reinholds, (Rath und Professor der Philosophie zu Jena) Briefe über die Kantische Philosophie, 8. 1789. 30 kr.

Bachmanns, Betrachtungen über die Grundfeste des durchl. Hauses Pfalzbaiern, das allgemeine Familienfideicommiß in Verbindung mit dem Rechte der Erstgeburt, dem Andenken das den 29. Jun. 1780 zu Ende gehenden Jahrhunderts der Ueberkunft Baiern an das Haus Wittelsbach gewidmet, gr. 4. 1780. 24 kr.

Heinrich Valentin Bender,

Digitized by Google

PRAEFAMEN.

Siſtendo iam alterum deciſionum noſtrarum tomum, non promiſſa ſolum licet ob moram typographi, praeter ſpem ac opinionem noſtram tardius paulo ſervamus, ſed hac occaſione ſimul non nulla de praetenſis privilegiorum de non appellando in ſpecie illimitatorum in cauſis ita dictis nullitatum inſanabilium limitibus, ea potiſſimum viſione praefari e re eſſe duximus, quoniam praeter ſcriptores antiquiores Vir Perilluſtris nunc Celeberrimi ſupremi Appellatorii Celenſis Pro-Praeſes digniſſimus FRIDERICVS ESAIAS DE PVFFENDORF iam obſervaverit *a*) principia practica ſupremorum Tribunalium imperii *b*) in hoc argumento multum a principiis eorum diſtare qui circa hanc hypotheſin iura ſtatuum tuentur.

§. I.

De reſtrictione provocationum eiusque cauſis generaliter.

Inevitabile illud litigiorum inter mortales malum eam vtcunque iis impoſuit neceſſitatem, vt de modis litibus obicem ponendi a remotiſſimis temporibus ſolliciti eſſe debuerint. Finis vero hic nunquam obtineri potuiſſet, niſi multitudini et improbitati provocationum ſimul certi conſtituerentur cancelli *c*).

§. II.

a) In acceptis admodum Obſerv. iuris univerſi Tom. III. Obſ. 102.

b) Videantur haec apud Perilluſtrem et magni inter nos valentem D. L. B. DE CRAMER in Obſerv. iur. univerſ. Tom. I. obſ. 172.

c) A LEYSER in Medit. ad D. Spec. 555. med. 1. ſeq. et l. 21. D. de reb. cred. l. 1. D. de uſur. et l. 1. §. 10. D. de nov. oper. nunciat.

Digitized by Google

§. II.

De principiis Romanorum hac in re.

Sagaciſſimi hinc Romanorum Legislatores de reſtringenda hac appellandi licentia nunquam non cogitarunt, ita quidem ut inter alia media *d*) huc directa, appellationes a deciſionibus praefectorum praetorio non admitterent, perſuaſum habentes, *eos qui ob ſingularem induſtriam, explorata eorum fide et gravitate, ad eius officii magnitudinem adhibiti fuiſſent, non aliter iudicaturos fore, pro ſapientia ac luce, quod aiunt, dignitatis ſuae, quam ipſe princeps iudicaturus foret e).* Reſtringebantur hinc ab iisdem appellationes ad certam nummorum ſummam *f*). Immo temerarii appellantes in tertiam pecuniae, de qua litigaretur, partem damnabantur ac praeterea adverſario ſumtus quos hic impendiſſet, non ſimplos ſed quadruplos reddere, iam ante Iuſtinianum interdum cogebantur *g*), donec hic Imperator, in praeſcindendis litibus praeprimis occupatus *h*), poenam illam ad ſummam fixam quinquaginta librarum argenti vel aliam arbitrariam reduxerit *i*).

§. III.

Quid Germani hac de re ſenſerint.

De Germanis maioribus noſtris novimus, hos inter praedilectae libertatis ſuae praecipua, ab antiquiſſimis temporibus immoderatam ac effrenatam appellandi licentiam foviſſe, atque cuivis eorundem integrum fuiſſe contra quamcunque

d) Diſſert. Marburgi 1763. habita de non recipienda appellat. in cauſis politiae §. 35. et 36. addatur his l. un. Cod. ſi de momentanea poſſeſſione appellat. et l. 6. Cod. quorum appellat. non recipiuntur, nec non Jvstvs Henning. Boehmer de execut. pendente appellat. facienda cap. 2. §. 26. Pertinet huc quoque l. un. Cod. ne liceat in una eademque cauſa tertio provocare.

e) Tot. tit. D. de Off. praef. praetorio N. 82. et 113. cap. 1. Ritterhvsivs ad Nov. p. X. cap. 1. n. 7. ſeq. et Dnus Cvrtivs in egregia Commentat. de Senatu romano lib. II. cap. 8.

f) Nov. 23. cap. 3.

g) a Leyser Supr. cit. med.

h) vi l. 13. C. de iudiciis et pr. Inſt. de poena temere litigant.

i) vi l. 6. §. 4. et l. 36. Cod. de appellat, l. 5. Cod. quorum appellat. non recipiuntur et l. 2. C. de epiſcopali audientia.

Digitized by Google

cunque Sententiam iudicis insurgere, id quod dure satis Urthel schelten vocare amaverunt *k*).

§. IV.

De necessitate et modo restrictae libertatis germanicae quoad hoc obiectum.

Cum vero indomita haec provocandi libertas in abusum tam intolerabilem degeneraret, ut ne per institutionem curiarum superiorum vulgo Oberhöffen *l*) illa protervia recurrendi ac desiliendi ad plane extera diversi generis iudicia, praesertim vero ad tunc magna auctoritate pollentes ita dictos scabinatus coerceri quidem potuerit, sed progressu temporis *m*), frequentes provocationes ad ipsos Imperatores, introducto circa seculum XIII. et praesertim XIV. iure romano, super accederent, proceres imperii nostri eo adducti fuerunt, ut propriis suis iudiciis non curatiorem solum for-

k) De qua materia prae aliis evolvi meretur par celeberrimorum ICtorum et fratrum Venerando semper patre dignissimorum Joh. Samvel Fridericvs Boehmer in Praefat. ad Consil. paternor. Tom. III. P. II. §. 4. ac Georgivs Lvdovicvs Boehmer in Commentat. de provocat. iur. german. nec non Celeberrimus Assessor de Lvdolff in Observ. forens. Part. III. Obs. 292. et Perillustr. Leopoldvs Nicolavs L. B. ab Ende nunc Celsissimi Electoris Saxonici Minister Status intimus in Dissert. Hal. 1737. habita de fatalium rigore iniquo poenisque contumaciae coercendis cap. V. §. 9. usque 17. Qua ratione etiam illud Urtheil schelten, proprie factum sit, dilucidavit aestumatissimus Collega noster Carolvs Philippvs Kopp in der Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civil-Gerichten in den Fürstl. Hessen Casselischen Landen. Part. I. §. 403. et 404.

l) De his vid. Christophorvs Fridericvs Harprecht de Curiis Superin Germania, porro modo laudatus Georg. Lvd. Boehmer de provocat. germ. cap. II. §. 1. usque 4. it. §. 18. et huius dignissimus Collega, Vir in quo rara eruditio radiis avitae nobilitatis corruscat, Ioh. Henr. Christ. de Selchow in Element. iur. germ. Sect. II. §. 8. seq. nec non Antecessor. Marburgens. famigeratissimus Ioh. Andreas Hoffmann in libro der Teutschen Reichs-Praxis. §. 928. seq. L. B. de Cramer in denen Wetzlarischen Nebenstunden Part. LXXVI. p. 1. usque 6. seq.

m) Diversas horum recursuum species fusius enarravit supr. allegat. Ioh. Samvel Boehmer cit. praef. §. 5, 20. 21. 24. 26. et 27. ibidemque celebriores illius aevi scabinatus nominavit, quibus amore rerum patriae scabinatum quondam Cassellanum non minus tunc consultatum nobis addere licebit ex modo allegati Collegae nostri Caroli Philippi Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civil-Gerichten in denen Fürstl. Hessen-Casselischen Landen. P. I. §. 264. usque 274. et Consiliarii ac Bibliothecarii nostri meritissimi Friderici Christophori Schmincke Beschreibung der Stadt Cassel. cap. 2. §. 7.

Digitized by Google

formam darent, ſed inſuper de efficacioribus modis cogitarent, quibus huic malo mederentur.

§. V.

De originе privilegiorum de non appellando remotiori.

Atque his circumſtantiis ac principum curis, privilegia de non evocando aeque ac de non appellando, originem ſuam debere facile apparet. Licet enim hi poteſtatem in cauſis ſubditorum iudicandi ſemper iure proprio et citra appellationis admiſſionem *n*) ſibi vindicaverint, infractionem tamen huius poteſtatis ſuae impedire haud poterant, quo etiam factum ut Principes Electores iam per Auream bullam Tit. XI. hac de re ſibi per expreſſam iurium de non evocando et non appellando confirmationem proſpexerint, prout acta publica pluribus id docent atque corroborant *o*).

§. VI.

De privilegiis antiquioribus de non appellando.

Sed nec hoc etiam modo auctoritatem iudiciariam Principum ſatis ſartam tectamque fuiſſe, eventus comprobavit. Diverſi quidem eorum praeter Electores, uti Archiduces Auſtriae, Landgravii Haſſiae, Epiſcopus Leodienſis, quos praeprimis hic nominamus, ac prae reliquis civitatibus imperialibus, respublica Norimbergenſis, ſeculo iam XIVto, alii vero ſub initio ſeculi XVti, pro magis tuendo hoc

n) Ioh. Samvel Fried. Boehmer in ſaepius alleg. praefat. §. 30. una cum fratre Georg. Lvdov. in Comment. de provocat. iur. german. cap. II. §. 5. not. lit. p. et q. it. Cancellarius quondam Academiae Gieſſenſis Celeberr. Ioh. Immanvel Weber in pluries citanda Diſſert. 1725. ibidem habita de licito per quaerelam nullit. ad ſumma imperii dicaſteria recurſu in cauſis alias vel per privilegium vel per legem ab illorum iurisdictione exemtis. Sect. II. §. 3. et 4.

o) Cancellarius de Lvdewig in Comment. ad aur. bullam Tit. VIII. §. 2. not. lit. (i). Et quamvis hic loci non ſit curatius examinare quae iura de non evocando et non appellando utrum Electorum eccleſiaſticorum an vero ſecularium ſint anteriora, poſterius tamen maiorem veritatis ſpeciem habere videtur ſecundum cit. de Lvdewig Tit. XII. §. 5. not. lit. p. et de Lyncker ad Cap. XI. dictae Bullae.

Digitized by Google

hoc iure privilegia Caeſarea impetraverant *p*). Stabilitis vero ſub Imperatore Maximiliano Imo ſupremis imperii Dicaſteriis Camera Imperiali et Iudicio Aulico recurſus ad aedem iterum eum in modum adaugebantur, ut per Capitulationem quoad formam, praeter reverſales Imperatoris Ruperti, omnium primam, Caroli *V*ti eiusque Art. XV. et XVI. denuo privilegiorum Statuum conſervationem generaliter ſibi ſtipulari neceſſum fuerit.

§. VII.

De Confirmatione Caeſarea eorundem per omnes Capitulationes.

Quonam tamen cum effectu et hoc factum ſit, ex querelis Electorum de anno 1552. nec non exinde apparet *q*) quod tandem evenerit, ut in omnibus ſequentibus Capitulationibus Caeſareis ac nominatim quidem in Ferdinandi I. art. 3. et 14. Rudolphi II. art. 3. et 15. *r*) Matthiae art. 3. et 16. Ferdinandi II. art. 3. et 4. Ferdinandi III. art. 3. et 17. ab iuitio ſaltim in *generalibus*, poſtea vero in Capitulationibus Leopoldi I. art. 18. et Ioſephi I. art. 17. *ſpecialius*, ac denique ſub glorioſiſſimis Auſpiciis Caroli *VI*. Caroli VII. Franciſci et Ioſephi II. nunc ex omnium votis auguſtiſſime et utinam per ſeculum regentis! art. 18. §. 4. ſeq. imo per omnes alias imperii leges haec iura *ſpecialiſſime* ita confirmata

p) Videri poſſunt haec privilegia *Auſtriaca* in Lünigs Reichs-Archiv. Part. ſpec. I. n. 17. 18. 19. 22. 23. et 24. *Leodienſia* in Obſerv. poſthumis. *Meani* in fine. *Norimbergenſia* apud de Lvdolff in Catalogo huiusmodi privilegiorum p. m. 97. ſeq. *De Haſſiacis* privilegiis antiquioribus loquitur Acad. Marburgenſis iam Cancellarius et multae famae Senior Ioh. Georgivs Estor locis infra (§. XXIV. not. lit. yy.) allegatis, et ſcriptores de ſingularibus privilegiis de non appellando recenſuit Tafpinger in Inſtitution. iurisprudent. Cameralis §. 698. not. lit. L. generalem etiam horum privilegiorum a tempore Rudolphi Habsburgici enumerationem habet Pfeffinger in Vitriario illuſtr. Tom. III. lib. 3. tit. 17. not. lit. m.

q) Moser im Staats-Recht. Tom. XXXII. lib. III. cap. 164. §. 14. et c. 165.

r) Capitulationem Maximil. II. hic non allegavimus tanquam incomplete plerumque editam, prout notavit struv in hiſtor. germ. Period. X. Sect. VI, §. 2. not. 14. et Limnaevs in annotamentis ad hanc Capitulat. p. m. 487. Integram quidem eandem edidit Henr. Günth. Thvlemarivs ex originali Palatino Heidelbergae anno 1682. Cum vero haec editio nobis ad manus non fuerit, nec illam inſpicere licuit. Conſtat interim ex Exemplari a Carpzovio in commentat. ad Legem regiam cum reliquis Capitulationibus edito, confirmationem iurium Statuum generalem eodem contineri.

Digitized by Google

mata atque munita legantur, quo nunc demum eadem extra omnem reſtrictionis ac derogationis aleam poſita fore, credendum fuiſſet *s*).

§. VIII.

De prima occaſione reſtrictionis quoad haec privilegia.

Quicquid tamen etiam horum ſit, ſuprema imperii judicia a prima ſua fundatione eo allaborarunt, ut contra has ſtatuum immunitates licentiam provocandi, quoad fieri poſſet, ſuſtinerent. Conquerebantur hinc opportuna quavis occaſione, judices inferiores jura dominorum territorialium nimis extendere *t*). Et cum querelae iſtae plus non proficerent, quam ut tandem per Receſſum Imperii noviſſimum §. 115. et Capitulationes Caeſareas récentiores anterior in huiusmodi privilegiis concedendis munificentia quodammodo reſtricta fuerit, mox circa obſervanda formalia aut cauſarum qualitates nodum quaeſiverunt, modo etiam diſtinguendo inter cauſas iniquas et nullas, querelis nullitatum, idcirco ſive *incidenter* cum appellationibus ſive etiam *principaliter* introducendis, *u*) privilegiis ſtatuum de non appellando, poſthabitis, viam ſtraverunt.

§. IX.

Utrum argumenta pro huiusmodi reſtrictione pro fundatis habenda ſint vel non?

Verum enim vero quo jure et qua ratione omnes hae diſtinctiones reſtrictivae ſuffultae ſint, ex eo jam generaliter diiudi-

s) Concept. Capit. perpet. art. XVIII. Inſtrum pacis Osnabrug. art. V. §. 56. Receſſ. Deput. de anno 1600. §. 18. Receſſ. Imperii de anno 1654. §. III. Concept. ordinat. cam. P. II. Tit. 31. §. 12. et 13. Receſſ. Viſit. de a. 1713. §. 9. et ord. iud. aulic. Tit. II. §. 2. Nec, ſecundum deliberationes praeſentium Dnorum Viſitatorum die 14. Nov. 1768. habitas, ac reſolutum jam dum Camerae Imperiali inſinuatum, dubitandum eſt, quin per expectandum Receſſum Viſitationis noviorem accuratiori animadverſioni ad privilegia de non appellando, iterum provideatur.

t) Acta deſuper anno 1643. refert Moser im Staats-Recht. P. IV. lib. II. cap. 58. §. 7. et 18. L. B. de Cramer in denen Nebenſtunden. P. LXXVI. pag. 9. ſeq.

u) De hac diſtinctione videri poteſt Taffinger in Inſtitut. jurisprudent. Cameral. §. 713. uſque 715. una cum celeberrimo Iohanne Stephano Pyttero practicorum recentiorum quoad rem judiciariam Imperii limatiſſimo in opusculo de querelae nullitatis et appellat. coniunctione.

Digitized by Google

diiudicari poterit, quod ſupra (§. IV. V. et VI. memoravimus. Iura certe de non appellando ſtatuum, cum originetenus in propria ipſis qua talibus competente judicaria poteſtate radicata atque ſic ex neceſſaria contra litigiorum protelationem adhibita proviſione derivanda eſſe, nemo facile inficias ire poterit, etiam privilegia deſuper obtenta, tanquam per ſe ſummae aequitati conformia, poſitis tamen merito terminis habilibus, amplianda potius quam reſtringenda ſunt, dum ipſa ſana ratio et jura communia volunt, legem reipublicae utilem ſemper interpretatione adiuvandam eſſe *v*).

§. X.

An privilegia de non appellando jurisdictioni Caeſareae ſint derogatoria?

Neque etiam illud plus ponderis habet, quando tribunalia imperii reſtrictionem illam privilegiorum ſaepius memoratorum vel hoc reſpectu toties quoties ſuaſerunt, quaſi ſummae ac inviolabili jurisdictioni Caeſareae hinc vero dependanti ſuae jurisdictione eſſent derogatoria. Ut enim taceamus incongruum eſſe, ea jura, quae ipſi Imperatores per data, perpenſis prius probe motivis *w*), deſuper privilegia clementiſſime agnoverunt, pro auctoritate eorundem obſtantibus venditare velle, illud potius in contrarium ex propria confeſſione notorium eſt, hanc usque dum horum judiciorum eſſe faciem, ut vix ac ne vixquidem cauſis immediate ad ſe delatis nuquam ſufficere potuerint nec adhuc ſufficiant, ideoque iisdem aeque ac bono publico magis per diminutionem, quam multiplicationem laborum ſuorum proſpectum eſſe.

§. XI.

v) Secundum l. 64. §. 1. D. de condit. et demonſtrat.

w) Temporibus Friderici III. Imperatoris demum hoc principium a Doctoribus juris mercenariis ſtabilitum fuiſſe, Perilluſtris dum viveret et ſemper adhuc celeberrimus imperialis judicii Aulici Conſiliarius L. B. DE SENKENBERG in praefat. zur Abhandlung von der Kayſerl. höchſten Gerichtbarkeit in Teutſchland §. VIII. recenſuit. ibidemque ſimul notavit, olim non fuiſſe ſic, ſed ipſos Imperatores, ad refrenandum nimium provocandi pruritum, privilegia exemtionis lubenter et frequentius dediſſe.

Digitized by Google

§. XI.

De principiis summorum imperii tribunalium in hac materia.

His ſuppoſitis mirum fere videri poteſt, cur veneranda Architribunalia illa in hunc uſque diem dictis ſic inſpecie querelis nullitatum inſanabilium contra ſtatuum privilegia de non appellando, etiam ſi illimitata, usque eo patrocinentur, ut quantumvis in privilegio quodam expreſſe hoc querelarum genus reiectum ſit, hanc tamen prohitionem non de omnibus etiam inſanabilibus nullitatibus ſed ita intelligendam eſſe velint, ne ſub praetextu cuiusvis nullitatis ſaltim ſanabilis ipſum privilegium de non appellando violetur *x*). Quam vera tamen haec quoque ſint vel non, ſpeciatim ad normam Conſtitutionum imperii trutinandum adhuc reſtat.

§. XII.

De notionibus juris civilis circa querelas ita dictas nullitatum in vim remedii juris.

Plurimis jam ante nos illuxit, illud quod hodie noſcimus nullitatis remedium intra 30 annos adhuc, prout volunt, admittendum nec juris romani nec germanici eſſe. Antiquiores certe Iuris Conſulti romani hoc genus remedii juris devolutivi peculiari nullitatis nomine inſigniti tacent, caeteroquin licet regulam rationalem *y*) agnoverint, ab initio vitioſum nullo unquam temporis tractu convaleſcere, atque hinc v.g. actum contra legem, contra ſolitum vel praeſcriptum procedendi ordinem, contra non auditum, rem judicatam, aut die feriato celebratum, vel etiam impoſſibile quid continentem, nullum, invalidum, inanem et nullius roboris aequipollenter vocarint, nec non idcirco actiones vel exceptiones quocunque tempore, vel etiam ubi nullitas ex contractu vel alio civili negotio antecedente allegari et fundari poſſet intra 30 annos

x) Perilluſtr. L. B. DE CRAMER in Syſtem. proceſſ. imperii §. 1355. uſque 1371. et TAFFINGER in Inſtitut. jurisprud. Cameral. §. 716. ſeq.

y) vi l. 29. 182. et 210. D. de regul. jur. item l. 19. D. de appellat.

Digitized by Google

nos admiserint z)

§. XIII.

Ad maiorum nostrorum hac de re notiones si respicimus, illud aeque compertum habemus, secundum supra (§. III.) iam adductam liberrimam ab iisdem servatam provocandi licentiam, cuivis a sententia sibi non proficua vel saltim displicente, sive ex capite nullitatis sive iniquitatis provocare integrum fuisse, querelam vero nullitatis in specie sic dictam eos ignorasse, sed sub generali compellatione *provocationis* omnem recursum ad iudicem superiorem intellectum fuisse, Doctores (*aa*) aeque dudum iam observarunt. *Quid Germani desuper senserint.*

§. XIV.

Schema ergo quod hodie querelae nullitatum tam sanabilium quam insanabilium in vim peculiaris remedii habemus, prout nec ipse Gailius (*bb*) dissimulare potuit commentatoribus processus Cameralis natales suos debet. Ubi enim hi, post instaurationem supremorum imperii iudiciorum animadverterent, status maiorem circa propriam rem iudiciariam curam adhibere, inde vero aliqualem iurisdictionis suae diminutionem, Procuratores et Advocati horum tri- *Sunt inventum recentius Commentatorum.*

(*z*) Iam Antonivs Mathaei in Tract. de iudiciis Disput. XII. n. 2. usque 5. hanc querelam commentum interpretum vocavit et post hunc de eo videatur celeberr. quondam Goettingensis iurium Anteceſſor Ioh. Fridericvs Wahl in dissert. de vitio nullitatis processus §. 2. not. lit. b. nec non modo citatus iudicii imperialis Aulici Consiliarius L. B. de Senkenberg in meditat. iuris univers. et histor. Tom. I. med. 7. §. 1. Imo ipse tot. *t.t. Cod. quando provocare non est necesse* ex quo hoc remedium effictum esse videtur, satis aperte demonstrat, in omnibus ibidem recensitis casibus provocationem quamcunque tanquam minus necessariam vel ideo excludi, quoniam supervacaneum imo contradictorium semper habitum fuit, casui insanabiliter nullo, adeoque nunquam convalescenti, remedium quaerere. Celeberrimus Pvttervs in Theoria generali de nullitate. §. 23. 24 et 25 seq.

(*aa*) Georg. Lvdov. Boehmer de provocat. germ. cap. I. §. 4. et 8. et laudatissimus Hoffmannvs noster in der Teutschen Reichs-Prari. §. 895.

(*bb*) In Observat. pract. Lib. I. Obs. 127. et Cancellarius Weber in supra nota lit. n. allegata dissertat. Sect. II. §. 2. Texton in disput. ad recess. imper. noviss. disputat. XII. thes. 143. et 144. Prae aliis vero infelicem hanc inter nullitates sanabiles et insanabiles distinctionem dilucidavit modo citatus Pvttervs in opusculo de quaerelae nullitatis et appellationis coniunctione §. 22. seq.

Digitized by Google

tribunalium vero praeprimis, decrementum foſtrorum, ut verbo hoc analogice uti hic liceat, metuerent, inde cautelae loco principium, pro amplianda et munienda eminentiori iurisdictione ſtabilire ſatius duxerunt, excluſa licet atque reſtricta quodammodo ordinaria appellationis via, ad evitandam ſic praetenſe metuendam iuſtitiae denegationem, partibus integrum eſſe debere, ſub ſpecie nullitatum multifarie allegandarum querelas intentare.

§. XV.

Quid leges imperii antiquiores hac in re vellint.

Ordinatio Cameralis prima de anno 1495. nullam adhuc remedii huiusmodi nullitatis mentionem facit (*cc*) et quamvis in poſterioribus huius Conſtitutionis exemplaribus de annis 1521. tit. 21. 1523. tit. V. §. 6. et denique 1555 tit. XXXIV. peculiaris hac de re ſanctio (*dd*) reperiatur, ex Receſſu tamen imperii de a. 1570. §. 69. et Receſſu deputationis de anno 1600. §. 14. (*ee*) conſtat, illas nullitatum querelas ſive cumulative cum appellatione ſive principaliter ad fora imperialia ſuprema delatas tunc temporis formalibus provocationum ordinariarum indiſtincte adſtrictas fuiſſe, adeoque diſtinctionem illam gloſſatorum inter nullitates ſanabiles et inſanabiles his legibus eſſe recentiorem.

§. XVI.

Recentiora privilegia Caeſarea has querelas nominatim ſaepius excludunt, teſtantibus id privilegiis Haſſiacis.

Inſuper et quod magis eſt, privilegia circa illa tempora non nullis ſtatuum de non appellando ad certam ſummam conceſſa, liquido demonſtrant, celſiſſimos Imperatores iam dum nonnunquam recurſus huiusmodi ſub obtentu nullitatis pro *nullis* et illicitis declaraſſe et ſub generali compellatione *provocationum* etiam nullitatis remedium intellectum

(*cc*) Videre hanc licet apud L. B. DE SENKENBERG in der Sammlung der Reichs-Abſchiede. P. II. p. m. 6. ſeq.

(*dd*) Ibid. P. II. p 186. et 250. it. P. III. p. m. 124.

(*ee*) apud eundem DE SENKENBERG P. III. p. m. 296. et 476.

Digitized by Google

tum voluiſſe (*ff*) Ita enim prae aliis privilegia de non appellando ad ſummam mille florenorum aureorum a Sereniſſima Domo Haſſo-Darmſtadina ab Imperatore Ferdinando II. die 19. Septembris 1631. et Haſſo-Caſſellana a Ferdinando III. die 26. Auguſti 1650. gratioſiſſime obtenta, expreſſe loquuntur:

> Daß ob von einer Urtheil, die nicht über Ein Tauſend Goldgulden oder darunter betrift, appellirt, ſupplicirt oder reducirt würde, welchergeſtalt oder von wem das beſchähe, und derſelben *Appellation*, *Supplication* oder *Reduction*, *Nullitaets*-Klage, oder einig ander Zugs- oder *Provocations*-Mittel, wie die immer gedacht oder genannt werden, es ſey in Unſeren Kayſerlichen Rechten und des Reichs Satzungen exprimirt oder nicht, von Unſern oder Unſeren Nachkommen am Reich aus Unwiſſenheit oder Vergeſſenheit angenommen würden; So ſetzen, ordnen und wollen wir, jetzt alsdann, und dann als jetzt, daß ſolches gegenwärtiger Unſerer Begnadigung und Freyheit unnachtheilig und unabbrüchig, und dieſelbe Appellation, Reduction und Supplication, und was darauf gehandelt und vorgenommen würde, untauglich und nichtig ſeyn ſolle (*gg*)

§. XVII.

Quae Aſſeſſorum Camerae hac in re fuerit opinio, et quid Receſſus imperii noviſſimus deſuper diſponat.

Interim Aſſeſſores Camerae, licet iam ipſi in relatione die 19. Junii 1643. ad Comitia facta, ſuper nimia appellationum frequentia atque excreſcente inde laborum cumulo con-

(*ff*) Per ea quae ſupra not. lit. (*aa*) allegavimus et quae tradit Perilluſtris DE PVFENDORFF in Obſerv. 102. Tom. III. §. 7. et 8. ſatis compertum eſt ſub praedicato provocationis etiam appellationes et illas quae nullitatis cauſa fieri dicuntur, tanquam ſpecies ſub genere, prout ex ſupra adducto privilegio Haſſiaco apparet, ut plurimum contineri. Ipſa iura romana hanc vocem provocationis cum appellatione non raro promiſcue accipiunt, ſecundum l. 40. §. 1. D. de pactis l. 1. §. 1. D. de appellat. recipiend. vel non etc. l. 7. et 30. Cod. de appellat. et conſult. et ex rubr. tituli God. quando provocare non eſt neceſſe.

(*gg*) apud DE LVDOLFF in appendice Catalogi privileg. de non appell. p. m. 74. uſque 94. et in Catalogo p. m. 73. ubi ſimul teſtatur privilegium Haſſo-Caſſellanum 1657. Camerae Imperiali inſinuatum fuiſſe. it. KVCHENBECKER in der Abhandlung von den Heßiſchen Erb- Hof- Aemtern Adiunct. Lit. LLL.

Digitized by Google

conqueſti eſſent (*hh*) diſtinctio illa inter cauſas nullas et iniuſtas pro tuenda amplitudine iurisdictionis et poteſtatis ſuae ſemel adoptata, tamdiu valde vexavit (*ii*), donec poſt longas atque indefeſſas ſtatuum de proceſſu imperii iudiciario emendando deliberationes, et diverſa ſuper hac materia *in genere*, circa deductiones nullitatum earundemque reſtringendum abuſum etiam *in ſpecie* nec non *ſtricte* obſervanda de non appellando privilegia, ac in hunc finem augendam eorum ſummam *ſpecialiſſime* collecta ſuffragia (*kk*) per Receſſum imperii noviſſimum de anno 1654. a §. 108. usque 123. incluſive, hae tricae in hunc modum enodare ſtuduerunt, ut inter alia maxime ſalutaria praecepta §. 121. et 122. ſtatutum fuerit:

> in Sententiis tam nullis quam iniquis fatale interponendae in Camera imperiali obſervandum fore, quoad illas nullitates vero quae inſanabili defectu aut ex perſona iudicis aut partis aut etiam quoad ſubſtantialia proceſſus laborarent, iura communia locum retinere.

§. XVIII.

Ulterior dilucidatio huius Receſſus circa hoc obiectum.

Diſpoſitio haec legis per ſe, uti videri poterat, ſatis perſpicua contra optimam legislatorum intentionem tamen non impedivit, quo minus, prout in humanis fieri ſolet, ſuper vero eius ſenſu novae diſſenſiones orirentur. Alia occaſione ipſi iam notavimus (*ll*) verba articuli 122. huius Receſſus nec ſenſui nec ſcopo imo nec votis plurimis ſtatuum ubique eſſe conformia, et nunc iterum non poſſumus non obſervare, eadem etiam non ſatis eſſe circumſcripta. Dum enim

(*hh*) DE MEYERN in actis Comit. Ratisbon. de anno 1653. usque 1654. P. II. Lib. IX. §. 5. p. m. 150. ſeq.

(*ii*) Sunt verba Receſſ. imper. noviſſ. §. 121.

(*kk*) Sparſim haec evolvi poſſunt apud eundem DE MEYERN in actis modo cit. Comitial. Lib. IX. p. 18. p. 229. Lib. X. §. 1. p. 163. §. 2. p. 201. Lib. XII. §. 2. p. 897. et 407. p. 3. p. 418. 419. 441. uſque 444. Lib. XIII. §. 1. pag. 484. ibique ſpecialiter Votum Guelpherbytanum p. 528. 542. 555. et 560. 581. 594. 601. 613. et Lib. XIV. p. 622. et 639.

(*ll*) in his Deciſ. noſtr. Dec. CXVIII.

Digitized by Google

enim ſupra (§. XII. et XIII.) a nobis iam probatum fuit, diſtinctionem illam inter nullitates ſanabiles et inſanabiles proprie nec iuris romani nec germanici eſſe, haec iura vero ſine dubio ius commune conſtituunt, prono inde alveo fluere credimus, ex modo memoratis verbis dicti receſſus ſatis non apparere, quis poſitive ille in cauſis ita dictis nullitatum inſanabilium procedendi modus eſſe debeat. Quam maxime tamen alieni a verborum captatione circa venerandam illam legislationem, id ſaltim optimo maximo iure moneri poſſe nobis videtur, hanc receſſus imperii noviſſimi diſpoſitionem, ſecundum ea quae in ſequentibus (§. XX.) latius deduximus, eo ſolummodo tendere, ut querelae ſuper nullitatibus inſanabilibus non aliter, niſi poſitis terminis caeteroquin habilibus, id eſt ſalvis ſemper ſtatuum de non appellando privilegiis, ſive ante ſive poſt hunc Receſſum, ſive limitate cum expreſſa tamen generali excluſione harum querelarum, ſive illimitate obtentis, admitterentur.

§. XIX.

Iuſtitia admiſſionem querelarum nullitatis contra privilegia de non appellando per ſe non requirit.

Quanquam etiam Vir optimae et nunquam non venerandae inter poſteros memoriae Dominus Aſſeſſor DE LUDOLFF (*mm*) prae reliquis adverſam huic noſtrae opinionem

(*mm*) In Comment. Syſtemat. iur. Cam. p. m. 196. l. 18. ſeq. Sicut. et alii plures huius Sententiae defenſores, MYNSINGER. GYLMANNVS, WEHNERVS, VANTIVS et inter recentiores L. B. DE CRAMER loco ſupra not. lit. (b) citato, nec non in ſyſtemat. proceſſ. imperii §. 1348. uſque 1353. In contrarium vero iverunt KNICHENIVS, CARPZOVIVS, ARVMAEVS, RICHTERVS, BRVNNQVELL in programmate 1734. Ienae deſuper edito et ante not. lit. a allegatus Perilluſtris FRIDERICVS ESAIAS DE PUFENDORFF Tom. III. obſ. 102. Cum autem noſtrum non ſit, horum opiniones ex charta in papyrum tranſcribere, remittimus de ſuper lectores ad Cancellarii Gieſſenſis IMMANVELIS WEBERI (not. lit. n.) citatam diſſertationem, ubi is Sect. II. a. §. 3. uſque 15. rationes ex utraque parte prolatas recenſuit, tandem vero §. 16. utra argumenta praevaleant, diſcreto cenſorum iudicio reliquit. Novimus praeterea ſcriptores noviores praxeos Cameralis et iudicii Aulici contra GAILIVM Lib. I. obſ. 135. n. 8. et RODING in Pand. Cameral. Lib. I. Tit. 19. §. 47. et Tit. 33. §. 32. contendere, privilegia de non appellando querelarum nullitatis diſerte excluſiva ante Receſſum imp. noviſſ. impetrata, ideo ſolummodo de nullitatibus ſanabilibus eſſe intelligenda, quia ſupponunt tunc ab omnibus nullitatibus indiſtincte appellandum fuiſſe. Licet vero hoc poſterius ſecundum ea quae a nobis (§. XV.) allata ſunt, lubenter largiamur, non tamen concluſionem

nem non ſine fiducia veri, emphatice adeo defenſus ſit, ut erubeſcendum ei eſſe velit, qui contra querelas e. gr. incompetentis iudicis, contra ius in theſi iudicati, initii facti ab executione, et ſimilia vel per privilegii alicuius petitionem vel per conceſſi adeo violentam, ut ait, interpretationem praeſidium quaerere vellet; tantum tamen abeſt ut haec effata, quantam etiam aequitatis ſpeciem prae ſe ferant, omni reſtrictione et refutatione nobis maiora videantur, ut potius hanc theſin generaliter nec ex tenore Receſſus imperii noviſſimi aut aliis imperialibus Conſtitutionibus, nec ex natura eius, quod exactiſſima iuſtitiae adminiſtratio neceſſario requirit, ſuſtineri, aeque minus vero admiſſionem harum querelarum, ſive incidenter ſive principaliter talium cum privilegiis ſtatuum legitime acquiſitis ac per omnes imperii leges confirmatis conciliari poſſe, nos convictos profiteamur.

§. XX.

Quod probatur (a) ex ipſa Receſſus imperii diſpoſitione.

Rationes huius noſtrae convictionis ſequentes habemus. *Primo* ex ipſa lege, receſſu ſcilicet imperii de 1654. actis Comitialibus Ratisbonenſibus deſuper cum tenore eiusdem verbali ſupra (§. XVII.) allegato ſollicite collatis, invenimus, ſtatibus imperii ſtrictiſſimam privilegiorum de non appellando obſervationem adeo tunc temporis ante oculos verſaſſe. Ut etiam ab initio omnes nullitatum querelas tam ſanabilium quam inſanabilium ad fatalia et formalia appellationum adſtrictas eſſe voluerint (*nn*); poſtea vero intuitu earum nullitatum, quae quoad perſonam iudicis vel partium, aut etiam circa ſubſtantialia proceſſus et quadantenus circa merita

inde praetenſe deductam agnoſcere quisquam poterit, donec probetur vi modo citati Receſſus imperii querelis nullitatum inſanabilium contra ſtatuum privilegia de non appellando ſive expreſſe aut generaliter huius generis querelas excludentia ſive illimitata locum eſſe datum. Contrarium potius (§. ſeq. XX.) evicimus atque ſic haec Sententia Doctorum Cameralium deficiente tali interpretatione authentica certe nunquam admitti poterit, nec etiam huc uſque a quoquam ſtatuum, quantum conſtat, admiſſa fuit.

(*nn*) DE MEYREN in ſaepe allegat. actis Comit. P. II. Lib. VIII. §. 2. p. 6. Lib. IX. §. 4. p. 150. §. 18. p. 229. et 230. Lib. X. §. 1. p. 163. et §. 2. p. 202.

Digitized by Google

merita cauſae (*oo*) defectum ſic dictum inſanabilem inducerent, diſpoſitionem, iuris ita dicti communis eatenus admiſerint, ut, haud paucis, praeſertim Sereniſſimis Domibus Saxonicis et legato Guelpherbytano, tamen differte monentibus (*pp*) contra ſtatus privilegiis de non appellando munitos, provocationes vel appellationes ſub praetextu nullitatum neutiquam admitti deberent. Quod ſi porro nexus huius legis quoad materiam reformandi proceſſum inter ſe comparatur, iterum liquet, vi §phi eiusdem 108. 110. 119. et 120. id ſingulariter actum fuiſſe, ut abuſus frequentium nimis ad imperii dicaſteria provocationum, libidinis hinc nomine ibidem inſignitarum, tollerentur ideoque propria ſtatuum Iudicia membris ſufficientibus ac habilibus ornarentur, ſimul vero ſecundum §phum 109. quaevis iuſtitiae denegationes vel protractiones praepedirentur eumque in finem vi §phi 113. calibus hiſce nihilo minus obvenientibus per admiſſas ſupplicationes pro adminiſtranda iuſtitia et concedenda in vim reviſionis actorum transmiſſione proſpiceretur, his autem ſic ordinatis iudiciis imperialibus, privilegiorum de non appellando, quoad ſummam et numerum eum in finem, adiecta ſaltim quoad cauſas pauperum aequiſſima moderatione auctorum et porro augendorum, *ſtrictiſſima* id eſt exactiſſima, attentio per §phum 111. 112. 114. 115. 116. 117. et 118. praeſcripta fuerit. Quibus ita concatenato ordine conſideratis, contradictorium omnino apparet, legislatores querelis nullitatum, adverſus expreſſa imo etiam illimitata privilegia locum dediſſe, et §phos ſequentes 121. et 122. ita interpretari velle, ac ſi ibidem tantummodo de querelis

(*oo*) videatur de hoc Dec. noſtra CXVIII. Utrum vero eiusmodi nullitas inſanabilis in iis cauſis praeregi poſſit. quae theſi iuris ſubdubia nituntur, hoc merito negamus ex rationibus a laudato Püttero in opuſculo de nullitatis et appellationis coniunctione §. 37. nec non in denen auserleſenen Rechts-Fällen reſp. LVI. n. 37. allatis. Quis enim vel ſomniando ſibi perſuadere poterit, iudicem dum in caſu, quoad theſin iuris in utramque partem diſputabili, ſecundum unam alteramve ſententiam ſibi magis rationabilem viſam pronunciat, nullitatem et quidem inſanabilem committere.

(*pp*) Cit. acta Ratisbon. Meyeriana Lib. XIII. §. 1. p. 528. et 601. it. 613. et 622.

Digitized by Google

querelis ſuper nullitatibus ſanabilibus ordinariis fatalibus antea ſemper vi (§. XV.) ſupra adductorum adſtrictis, ſermo eſſet, inſanabilium autem quaerelae nullatenus excluderentur, cum potius ipſa ſic res id loquatur, quod ſupra (XVIII.) iam diximus, legislatores nempe, his querelis non aliter, niſi ſub terminis habilibus, quoad privilegia ſtatuum uſque quaque in antecedentibus plenarie ab omni interverſione exemta, ſcilicet excluſivis, ſecundum receptam, DDrum opinionem etiam poſt. 30 annorum lapſum locum dediſſe, prout etiam probatiſſimi Iuris Conſulti idem diu iam agnoverunt (*qq*).

§. XXI.

Ex aequitate reciproca eius quod iudicia imperii reſpectu ſui ipſius hac in re ſtatuunt.

Secundo lubenter concedimus, abſonum fore, ſi cui in mentem veniret, privilegia ſtatuum de non appellando eo uſque extendere velle, ut iudicata tribunalium ſuorum etiamſi contra ius in theſi vel neglecto omni debito aut praeſcripto proceſſus ordine lata valere debeant. Concedimus aeque membra horum indiciorum optime quamvis conſtitutorum eſſe homines et ſic humani quidquam etiam in hoc genere ab ipſis abſolute non eſſe alienum. Quandoquidem vero hae rationes generaliter ſumtae alicuius momenti eſſe poſſunt, licebit absque irreverentiae tamen nota ac non ſine ratione quaerere, quo iure membra dicaſteriorum imperii ultra humana haecce contingentia plane ſe poſita eſſe putent, dum nunquam contra iudicata ſua quaerelas nullitatis etiamſi inſanabilis, praeſertim ne obſervata quidem contraria eaque clara legum diſpoſitione (*rr*), admittant? ſed potius ubi procuratores tale quid proponere audent, graviſſimas

(*qq*) Praeter ſupra not. lit. (m m) allegatum Gaillivm et Rodingivm videri deſuper poſſunt Lavterbach in Colleg. theor. practic. Lib. XLIX. Tit. 2. §. 7. in f. et Cancellarius quondam magni nominis Gieſſenſis Bernhardvs Ludovicvs Möllenbeck in diſſertat. 1687. ibid. habita de privilegio de non appellando aphorism. 19. 20. et 21.

(*rr*) Ordinat. iud. Aulic. Tit. V. §. 7. iuncto Art. V. §. 49. inſtrum. pacis Osnabrug.

Digitized by Google

viſſimas animadverſiones (*ss*) contra eosdem ſtatuere ſoleant? Si praeiudicium reverentiae, auctoritatis, integritatis et doctrinae quidquam pro excluſione querelarum nullitatis intuitu horum tribunalium valet, quod nec nos ſuo modo in dubium vocare cupimus, ſane non apparet, cur Conſiliarii principum ad iuſtitiam adminiſtrandam arctiſſimo iuramenti vinculo ubivis obſtricti eorumque fora ſuprema, eodem iure iisdemque praecipuis (*tt*) gaudere nequeant, ubi praeſertim ex §. 108. Receſſus Imperii noviſſimi, et rite impetratis dominorum ſuorum privilegiis de non appellando, etiam illimitatis eandem qualitatum debitarum praeſumtionem pro iisdem militare ſecundum aequitatem reciprocam nemo facile in dubium vocabit.

§. XXII.

Nulla inſuper *tertio* hactenus iuris neceſſitas liquet, quae admiſſionem ſaepe dictarum querelarum contra ſtatuum privilegia expreſſa vel illimitata abſolute requireret. Exploratum ſatis in contrarium eſſe quisque novit alia per leges imperii media magis adaequata et aeque proficua ſupereſſe, quibus, his privilegiis non obſtantibus, omnibus iis qui de iuſtitia interverſa vel denegata ſibi conquerendum eſſe

c) *Ex deficiente neceſſitate dum alia media ſuppetunt.*

(*ss*) Saepe allegat. DE LVDOLFF in Comment. Syſt. p. m. 337. TAFFINGER in Inſtit. iurispr. Cameral. §. 1064. not. lit. f. KLOCK in Relat. Cam. 30. SCHWEDER in diſſert. de concurſu et electione remedior. contra Sentent. in ſupremo imperii tribunali latas. cap. II. §. 10. et 21. ſeq. IVSTVS HENNINGIVS BOEHMER Exercit. ad Dig. 22. cap. 2. §. 6. not. lit. f. Imo conſtat iudicia imperii pro magis firmanda ſua auctoritate in Comitiis Ratisbonenſibus de anno 1600. et 1643. etiam abolitionem remedii reviſionis quaeſiviſſe *Acta Meyer. Ratisbonenſia* P. II. Lib. 9. §. 4. p. 153. et 245. et Lib. 12. p. 399.

(*tt*) Commentatores iurium Cameralium non negandum hunc reſpectum ipſo facto agnoſcunt, dum cum Aſſeſſore DE LVDOLFF in Comment. Syſtemat. p. m. 195. et in Obſerv. forenſ. P. I. obſerv. 34. nec non L. B. DE CRAMER in Syſtemat. proceſſ. imperii §. 1356. literas informatorias, prius quam huiusmodi querelis deferatur, decernendas eſſe ſtatuunt. At enim vero deficiente fori competentia nec huic procedendi modo abſque praeiudicio privilegiatorum locus eſſe poteſt, nec etiam ſtatus hoc facto, ſatis ſe tutos inveniunt ne data, licet in honorem ſaltim decernentium informatione, citationes ad huiusmodi querelas quantumvis minime fundatas, prout exempla deſuper exſtant, ut plurimum decernantur.

Digitized by Google

esse credunt, satis superque prospectum est. Jam enim aurea bulla Tit. XI. §. 33. Supplicationes super denegata vel protracta iustitia idcirco admisit (*uu*), et perinde alibi prout supra (§. XX.) notavimus, imploratione pro mandatis de concedenda in vim revisionis actorum transmissione praescriptas esse legimus. Haec vero remedia casu exigente eo magis forent eligenda prae illis querelis, quo certius est, has posteriores etiam coram eodem iudice proponi posse (*ww*), hinc vero non sine arguenda singulari importunitate easdem ad imperii tribunalia immediate deferri, cum omnino semper inverecundam imputationem prae se ferant, ac si hi iudiciis ac iudicibus propriis inversum vel iniquum cognoscendi modum, delatis desuper ad se supplicationibus ignoscituri essent, imo imminenti inde privationis privilegiorum periculo sese exponere vellent (*xx*).

§. XXIII.

d) *Ex magno eoque non negando abusu harum querelarum.*

Quarto denique ipsi scriptores iurium Cameralium et iudicii Aulici non diffitentur, querelas nullitatis propter frequentem earum abusum, suspectas valde adeoque non facile admittendas esse (*yy*). Quid ergo usui earundem contra aperta statuum privilegia opitulari posset, eo magis nos fugit,

(*uu*) De quo remedio videatur ex professo IVSTVS HENNINGIVS BOEHMER in Exercit. ad D. Exercit. 103. per totum et de eius differentia a remedio nullitatis specifica in Exercitat. 22. de maiestate imperii Magistratuum maiorum cap. 2. §. 6. not. i. et k.

(*ww*) Dnus ESAIAS DE PVFENDORFF in Introd. in proceſſ. civil. P. IV. cap. 5. §. 4. nec non HOFFMANNVS noster in der Teutschen Reichs-Praxi §. 895. not. lit. y. ibique citat. TEXTOR in Decis. Electoral. palat. Pro Praeses dignissimus illustris tribunalis Wismarienſis AB ENGELBRECHT in obſervat. select. forens. Obſerv. 64.

(*xx*) Exorbitant ergo quoque illi, qui querelas nullitatum in iudiciis imperii vel ideo contra statuum privilegia admitti debere sibi persuadent, quia ipsi principes contra nobiles sibi subiectos ac privilegiis omnimodae iurisdictionis gaudentes cognitionem super nullitatibus ab eorum iudiciis sibi vindicent. Argumentum hoc valde claudicare cuilibet inde statim illucescit, quoniam iudicia nobilium mediata etiamsi suo modo optime constituta cum iudiciis statuum praesertim superioribus quae secundum PÜTTERVM in Opusculo de rei iudiciariae imperii cultura §. 14. tribunalibus imperialibus sunt adaequata, et privilegiis statuum de non appellando comparare, idem sit, ac lunam cum sole aut iudicium sculteticum cum rota romana componere velle.

(*yy*) vid. not. supra lit. (tt) et pluries citatus Assessor DE LVDOLFF in obſerv. for. Obſerv. 34.

Digitized by Google

fugit, cum experientia doceat, reliqua antea (§. praeced.) recenſita legum auxilia iisdem ideo ſaltim ut plurimum poſtponi, quoniam nonniſi rei iudiciariae et proceſſus imperii ignorantiſſimus ignorare poteſt, diſſicilius eſſe narrata ad praeſcriptum legale impetrandi Mandati S. C. adaptare, quam ſub longe faciliori obtentu innumerabilium fere ſecundum Commentatorum tradita nullitatum inſanabilium, citationem ad has deducendam extrahere, ſic vero augendo ſtupendum numerum cauſarum in dicaſteriis imperii huc uſque indeciſarum ac citra miraculum nunquam decidendarum, cum vilipendio iudicum priorum iuſtitiae complementum, ſi non in infinitum, ſaltim ad tempora ſibi favorabiliora protelare.

§. XXIV.

Contra privilegia Haſſiaca illimitata in ſpecie hae querelae ſunt illicitae.

Satis ſuperque, ſemoto tamen omni partium ſtudio, hiſce evictum eſſe ſperamus, opiniones Sententiae noſtrae obſtantes, immobili fundamento haud niti. Prout vero hoc generaliter verum eſſe credimus, ita ſpecialiter Sereniſſimas Domus Haſſiacas utriusque lineae regentis contra reſtrictionem qualemcunque privilegiorum ſuorum uberrimo iure ſeſe defendere, vix quisquam ſolidis cum rationibus contradicturus eſt. Obtinuerunt hae, praeter eas, quae iam anno 1355. 1493. et 1573. de non evocando nec non appellando ipſis competebant exemtiones (zz), non ſolum ante ultimum Imperii Receſſum, anno nimirum 1630. et 1650. (§. XVI.) privilegia de non appellando querelarum nullitatis diſpoſitive excluſiva, ſed nunc quoque Domum Haſſo-Caſſellanam die 7. Dec. 1742. et Darmſtadinam die X. Maii 1747. privilegio de non appellando ad inſtar Electorum illimitato ita quidem, uti verba ſe habent;

Daß keine Appellation, *Provocation*, oder Reduction ſtatt haben ſolle, ohnangeſehen aller Conſtitutionen, Geſetzen und

(zz) Allegante eadem ſupra citato Ioh. Georgio Estor in Element. iur. publ. Haſſiac. §. 73. et 74. ſeq. et laborioſiſſimo Archivario noſtro Christophoro Lvdovico Kleinschmidt in der Sammlung der Heßiſchen Landes-Ordnungen. P. II. p. 301.

und Ordnungen, die hierzwieder gemacht ſeyn, oder künftig gemacht werden möchten ꝛc. (*aaa*).

aequaliter condecoratam fuiſſe, publici iuris eſt. Nullo ergo modo contra iudicata ſupremorum tribunalium Haſſiacorum provocationes ſub nullitatis quantumvis inſanabilis allegatione admitti poſſe tamdiu arcte et ſtrenue ſuſtinendum erit, donec quis paradoxon illud defendere auderet, privilegia haec poſteriora illimitata ex illa ſolum ratione, quod excluſionis querelarum nullitatis mentionem non faciant expreſſam, illis anterioribus has nominatim excludentibus anguſtiora et ſic re vera per contradictionem in adiecto pro limitatis habenda eſſe (*bbb*):

§. XXV.

Praeſertim cum Haſſiae Regentes ſemper de debita conſtitutione ſuperiorum Iudiciorum maxime fuerint ſolliciti, quod probatur per diſpoſitionem Tribunalis Haſſo-Caſſellani in ſpecie

Sereniſſimi Regentes Haſſiaci praeterea tanto maiori iure his ſuis privilegiis ſine ulla exceptione inſiſtunt, quo magis prima ſemper eorum cura fuit, ut iudicia in terris ſuis ſuperiora ad normam legum Imperii ac Receſſus de anno 1654. §. 108. compoſita eſſent. Quod ad lineam Haſſo-Caſſellanam particulariter hac in re attinet, illa certe in hunc uſque diem nihil eorum omiſit, quae circa dignitatem atque debitam iudicii ſui appellatorii Conſtitutionem deſiderari poſſent

(*aaa*) Tenor integer horum privilegiorum typis exſtat apud König in Select. iur. publici P. 8. cap. 1. et Kychenbecker in der Abhandlung von denen Heßiſchen Erb-Hof-Aemtern ſub iunct. lit. TTT. 2. et Darmſtadini apud Moservm im Staats-Archiv. p. 74. Inſinuatio etiam privilegii Caſſellani facta eſt in Iudicio Aulico die 21. Oct. 1743. et in Camera Imperiali menſe Novembris eiusdem anni, Darmſtadii autem die X. Ian. 1748. Cumque in hoc privilegio illimitato iterum omnes *provocationes* prohibitae legantur, non poſſumus non, ea hic etiam atque etiam repetere quae ſupra not. lit. aa. et ff. circa ſignificatum et complexum generalem huius vocis obſervavimus.

(*bbb*) Secundum praeiudicium a modo laudato de Pvfendorff loc. cit. §. 14. allegatum, iudicium Aulicum non nunquam huius generis querelas prout par eſt, reiecciſſe videtur. Contra Sereniſſimum Landgravium Haſſo-Caſſelanum tamen vi concluſi durante ultimo bello die 1. Junii 1759. ad inſtantiam Sermi. tunc electoris Colonienſis qua Ordinis teutonici Magiſtri in cauſa Viduae ab Einſiedel emanaci, citatio ad videndum deduci nullitates, ob id quod noſtrum Tribunal contra ius conſtitutionum ordinis clarum praetenſe pronunciaſſet, decreta fuit. Quo iuris et facti fundamento vero hoc factum, et an non potius querela illa

Digitized by Google

poſſent (*ccc*). Noti idcirco apud nos ſunt, iam ante impetratum privilegium illimitatum Conſiliarii huius Tribunalis meritiſſimi, Schefferus, Gruſemannus, Mozius, poſtea Conſiliarius intimus ac regiminis Caſſellani Cancellarius, Henricus Otto Calckhoff deinde Status Miniſter et perinde Cancellarius, nec non Michael Kulenkamp, quos omnes dignos eſſe ſcimus, qui etiam poſt fata honoris et probatae integritatis cauſa nominentur.

Adepto vero illo a glorioſiſſimo Imperatore Carolo VII. privilegio, qua Directores et Praeſides huic noſtro Iudicio ſucceſſivo praefuerunt.

a) Idem modo nominatus CALCKHOFF, a die 18. Febr. 1746. ad mortem uſque 1753. inſecutam

b) FRIDERICVS AB EYBEN, celſiſſimae Camerae Imperialis antea et adhuc dum ibidem multum veneratus Aſſeſſor nunc Regiae Maieſtatis Danicae qua Ducis Holſatiae Status Miniſter, in qualitate Praeſidis, a die 12. Iul. 1754. ad reſignationem uſque die 18. Sept. 1758. voluntarie factam.

c) IVSTVS FRIDERICVS DE BERNER, qua Conſiliarius intimus et Vice-Praeſes, poſtea a die 11. April 1760. in Praeſidem Regiminis Haſſo-Schaumburgici Rintelienſis promotus. Tandem

d) qui iam a die 14. Iulii 1762. gratia Sereniſſimi eiusdem Praeſes eſt, harum deciſionum editor LEONHARDVS HENRICVS LVDOVICVS GEORGIVS DE CANNGIESSER.

Conſiliariorum vero munere cum his ibidem functi ſunt atque reſpective adhuc funguntur.

a)

illa generis earum ſit, quae ſupra (§. XXIII.) deſcripſimus, quilibet aequi et rerum iudicialium periti aeſtimatores ex Dec. noſtra CCXI. quam idcirco huic Tomo inſeruimus iudicent, inſimul vero ex decreto in alia cauſa contra eundem Ordinem Teutonicum non ita pridem lato atque hic in calce ſub lit. A. adiuncto, ſi volupe erit perſpiciant, qua ratione coacti, huiusmodi deſiliendi conatus reprimere ſoleamus.

(*ccc*) Generalem iudicii noſtri notionem delineavit ſupra not. lit. k. et m. allegatus noſter Collega CAROLVS PHILIPPVS KOPP ibid. cit. tractat. P. I. §. 221. et P. II. Lib. 4.

Digitized by Google

a) Supra nominatus DE BERNER ab anno 1743. uſque ad promotionem modo memoratam.

b) GABRIEL OTTO A MALSBVRG, a die 2. Dec. 1743. usque ad annum 1758. nunc vero Conſiliarius intimus et Regiminis Marburgenſis Praeſes.

c) LVDOVICVS A BAVMBACH, a die 27. Ian. 1744. ad valedictionem usque die 17. Sept. 1757. inſecutam.

d) IOHANNES HENRICVS SVMMERMANN, a die 9. April 1745. uſque 22. Iul. 1748. ubi a Regia Maieſtate Boruſſica ad Regimen ſuum Clivenſe vocatus fuit, ibidemque nunc directorium cum laude gerit.

e) CAROLVS WILHELMVS VERNA, a die 10. Octob. 1745. ad fata usque anno 1752. mature nimis inſecuta.

f) Praeſens huius Iudicii Praeſes ſupra nominatus DE CANNGIESSER, ante per duodecim prope annos Regiminis Haſſo-Darmſtadini Gieſſenſis Conſiliarius, a die 4. Maii 1750. ad promotionem usque.

g) IOHANNES FRIDERICVS DE WÜLCKNITZ, die 25. Febr. 1755. introductus, iam Conſiliarius intimus ac Regiminis, quod Caſſelis eſt Pro-Praeſes, nec non ad Comitia Ratisbonenſia legatus, unaque cum illo, ordine noſtro adſcriptus.

h) CORNELIVS KNOBEL, 25. Febr. 1755. nunc aliquot ab annis emeritus ſeptuagenarius.

i) IOHANNES THEODORVS RIES, a die 23. Febr. 1760. denatus anno 1761.

k) GEORGIVS LENNEP, a die 8. Martii 1760.

l) CAROLVS PHILIPPVS KOPP, a die 22. Dec. 1761.

m) MAVRITIVS FRIEDERICVS DE MÜNCHHAVSEN, a die 9. Ian. 1764. et denique,

n) IOHANNES HENRICVS BROESKE, a die 7. Iunii 1765.

qui ſeptem poſteriores omnes antea per diverſos annos Regiminis Caſſellani Conſiliarii fuerunt exploratae dexteritatis.

§. XXVI.

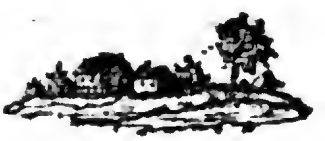
Digitized by Google

§. XXVI.

Iudicio igitur noſtro in hunc usque diem ſic ſufficienter ac condigne inſtructo, querelarum ſuper protracta, multo minus denegata iuſtitia exemplum ſecundum notorietatem adhuc ignoramus. Provida quoque Tribunalis noſtri Conſtitutio laetam nobis ſecuritatem atque praeſumtionem praebet, nec facile nos querelis nullitatum ſive ſanabilium, ſive quod aiunt inſanabilium anſam daturos, nec etiam hinc ea, quae a nobis hic loci de non admittendis his querimoniis contra ſtatuum, in ſpecie Haſſiaca privilegia de non appellando, ad ductum legum imperii differta ſunt, iis adeo diſplicitura, quibus alia placent, quique pro illa, quam ab Anteceſſoribus adoptarunt perſuaſione, contraria et nunc et pro futuro, donec prout ſperandum, ſupremi legislatores, data per praeſentem Viſitationem Cameralem opportuna certe occaſione, aliud diſertius ſtatuant, ſuſtinere ſuum eſſe arbitrabuntur. Nos interea pedem hic figimus. (*)

Adiunctum

(*) Continuationem huius operis iam promittere non licet. Antea vero quam de hac ſcena decedimus Viro eleganter docto, Lvdovico Jvlio Friderico Hoeppnero, haclenus illuſtris, quod hic habemus Collegii Carolini, iam vero Academiae celeberrimae Gieſſenſis Profeſſori iuris ordinario, meritum hoc laudis atque veritatis teſtimonium recuſare non poſſumus, quod ſummaria cum iudicibus ad utrumque harum deciſionum Tomum eius auxilio et laboribus grate debeantur.



Digitized by Google

ADIVNCTVM Lit. A.

Nachdem meines hohen Ordens Procuratori zu Cassel jüngsthin sub dato den 29ten Sept. a. c. ein Decret aus dasig Hochfürstl. Ober-Appellations-Gerichte ertheilt worden, des Inhalts:

In Sachen Syndici des teutschen Ordens Land-Commende Marburg, wider die Hofleute zu Stedebach, wird Procurator Heppe anforderst der vom vorigen judicato huius Tribunalis sub praetextu nullitatis an den Kayserl. Reichs-Hofrath nulliter angemaßten provocation pure renunciiren, auch zugleich schriftliche Caution von seiner Principalschaft einbringen, daß sich dieselbe an demjenigen, was bey diesem Tribunal werde erkannt werden, begnügen, und davon, dem Kayserlichen allerhöchsten privilegio de non appellando vom 7. Dec. 1742. gemäß, bey der darin geordneten Poen, sich keiner Appellation, Provocation, Reduction, Berufung oder Supplicirung an die Kayserl. und Reichs-Gerichte anmaßen, sondern sich diesem Ober-Appellations-Gerichte, wie solches auf oberwehntes privilegium de non appellando durch die Verordnung vom 14 Nov. 1743. anstatt der höchsten Reichs-Gerichte bestellet worden, gebührend unterwerfen wolle, so soll demselben der Appellations-Proceß eröfnet, und weiter, was Rechtens, erkannt werden.

Und Ich zu Ende unterzeichneter Land-Commenthur der Balley Hessen, als Commenthur zu Marburg, das zuversichtliche und feste Vertrauen zu der bekannten Justitz Liebe des obgedachten Hochfürstlichen Tribunals hege, daß selbiges meiner Land-Commende in diesem Rechtsstreite gegen die Hofleute zu Stedebach gute Gottgefällige Justitz angedeyhen lassen werde; Als trage Ich kein Bedenken, nicht nur meinen obengenannten Procuratorem zu authorisiren, der von meinem hohen Orden gegen den beym vorigen Proceß wider die Stedebacher Hofleute ertheilten Bescheid an Kayserl. Majestät ergriffenen Provocation pure zu renunciiren, sondern Ich declarire und verspreche auch hiermit bey Gräflicher Treue und Glauben, daß mich obigem Decreto gemäß verhalten, und mich mit deme, was Hochfürstl. Ober-Appellations-Gericht in dieser Sache erkennen wird, zu begnügen, und bey Vermeydung der angesetzten Poen, mich keiner Appellation, Provocation, Reduction, Berufung oder Supplicirung gegen solchen Rechtsspruch zu bedienen. Urkundlich habe ich gegenwärtige Caution wissentlich und wohlbedächtlich ausgestellet und unterschrieben. So geschehen Birstein, den 20. October 1770.

(L. S.)

Christian Ludwig Graf zu Ysenburg und Büdingen, T. O. R. Land-Commenthur der Balley Hessen, Commendeur zu Marburg und Wetzlar.

Digitized by Google

DECISIONUM

SUPREMI TRIBUNALIS

APPELLATIONUM

HASSO-CASSELLANI

TOM. VII.

Digitized by Google

Digitized by Google

DECISIO CLXXVII.

ARGUMENTUM GENERALE:

SEPARATAE OECONOMIAE INSTITVTIO SECVNDVM PRAXIN HASSIAE NOSTRAE NON EST MODVS FINIENDI VSVMFRVCTUM PATERNVM.

SUMMARIA.

Ex relatione.

Cum hereditatis petitione interdum rei vindicatio recte cumulatur. n. 1.
Ratione alimentorum imploratio officii iudicis locum habet. n. 2.
Ante ordinationem proceſſus noviſſ. iam uxores indiſtincte de adquaeſtu participabant, n. 3.
Nec haec lex primario novi quid diſponit. n. 4.
ICti probatiſſimi uſumfructum paternum inſtituta ſeparata oeconomia finiri contendunt. n. 5.
Nec dimidiam eius partem, iure romano in praemium emancipationis patri relictam, n. 6. eidem concedunt. n. 9.
Attamen praxis Haſſiae noſtrae ius romanum in doctrina de uſufructu paterno ſervat; n. 7.
Nec mores Germaniae contrarii pro generalibus putandi ſunt. n. 8.
Veſtes maternas pater nomine uſusfructus retinere non poteſt. n. 10. vid. tamen n. 23.
Pater neque ad inventarii neque ad iuratae ſpecificationis editionem obligatus eſt. n. 11.
Quod nonnulli ICti patri, qui ad ſecundas nuptias provolavit, denegant; n. 12.
Alii rectius tribuunt. n. 13.
Ad adquaeſtum autem id ius adplicandum non eſt. n. 14.
Leges Haſſiacae in hoc argumento. n. 15.
Earum diſpoſitione neglecta, pater omnino ad inventarium aut iuratam ſpecificationem tenetur. n. 16.
Alimenta debentur liberis, qui ſe ipſos exhibere non poſſunt, n. 17.
Quamdiu in patria poteſtate ſunt. n. 18.
Praeprimis, ſi pater uſumfructum maternorum retinet. n. 19.
Alimenta naturalia debentur etiam emancipatis et ingratis. n. 20.

Ex correlatione I.

Separata oeconomia patriam poteſtatem et uſumfructum per totam fere Europam ſpeciatim per Haſſiam diſſolvit. n. 21.

Nuptiae, modo pater eas ratihabuerit, patriam poteſtatem ſolvunt. n. 22.
Pater uſumfructum maternorum retinens, nec veſtes matris reſtituere tenetur. n. 23.

Ex correlatione II.

Pater inventarium aut iuratam ſpecificationem edere debet, ſi ſuſpectus eſt. n. 24.
Separatae oeconomiae inſtitutio et invito patre fieri poteſt. n. 25.
Quatenus liberis emancipatis alimenta debeantur? n. 26.
Nuptiae filios a patria poteſtate non liberant. n. 27.

SENTENTIA.

In Sachen Johann Henrich K. zu S., wider ſeinen Vatter den Dr. K. daſelbſt, appellationis, bona materna ſamt dem halben adquaeſtu, wie auch alimenta betreffend: wird auf alles verhandelte zu recht erkannt:

daß zwar dem Beklagten und Appellaten der uſusfructus von den bonis maternis des Appellanten ſowohl, als von der demſelben gebührenden halben Errungenſchaft aus erſter Ehe ad dies vitae zu laſſen; weilen aber der Appellat die in der landesherrlichen Verordnung vom 18ten Febr. 1724. anbefohlene Conſignation ſowohl der mütterlichen ohnbeweglichen Güter, als des Erwerbes auß voriger Ehe, vor ſeiner zweyten Heyrath nicht zum Stande gebracht: ſo kann ſich derſelbe nunmehro nicht entbrechen, ſolches alles eidlich zu manifeſtiren; nicht weniger iſt er dem Appellanten nebſt ſeiner Frauen und Kindern ſowohl de praeterito als futuro nothdürftigen Unterhalt zu reichen ſchuldig. Als F. O. A. Gericht erkennet, und den Beſcheid a quo hieſiger Regierung vom 21ſten Jun. 1749. ſolchergeſtalt confirmiret und reformiret, mit Vergleichung der Koſten V. R. W.

Publicata die 1. Sept. 1751.

FACTVM.

Der Appellant Johann Henrich K. hat ao. 1748. gegen ſeinen Vatter, den Dr. K. Klage erhoben, und ſowohl auf die Errichtung eines inventarii von den bonis maternis, als deren Herausgabe, und auf die Beſtellung eines hinlänglichen Unterhalts geklagt. Als aber die Regierung am 21ſten Jun. 1749. den Beſcheid ertheilte:

daß zwar der Implorat dem Imploranten ſo wenig die fernerweite nöthige alimenta zu verhandreichen, als weniger wider ſeinen Willen die mütterlichen Kleider und übrige Effecten herauszugeben ſchuldig; mithin der Implorat inſoweit von angeſtellter Klage zu abſolviren; hingegen aber derſelbe Einwendens ungehindert loco inventarii eine vollſtändige Specification, jedoch daß hierüber von ihm kein Eid gefordert werden könne, von demjenigen, was ſowohl ſeine erſtere Ehefrau bey ihn gebracht, als auch was bey derſelben erworben, zu verfertigen, und ſolche dem Imploranti zu ſeiner Nachricht und Nothdurft binnen den nächſten ſechs Wochen zu communiciren gehalten; nicht weniger auch der Implorat mit ſeinem Vorgeben, daß der Imploraut ſowohl bey ſeiner Mutter Lebzeiten, als auch nach deren Abſterben verſchiedenes hinweggenommen, wie ingleichem, was von ihm allererſt in

dup-

duplicis wegen Räumung des Hauſes vorgeſtellt worden, wofern er hierauf weiter zu beſtehen vermeynet, ad ſeparatum zu verweiſen ſey:

ſo hat klagender Sohn an dieſes Gericht appelliret, und ſeine gravamina darin geſetzt, daß Appellat nicht zu einer eidlichen Specification, noch zu Herausgebung der mütterlichen Kleider und Effecten, und Verabreichung der nöthigen Alimenten, angehalten worden.

VOTVM.

Das obiectum dieſer Klage beſtehet alſo:

1) in der Extradition der von Klägern und Appellanten prätendirten maternorum nebſt dem darunter mitzurechnenden halben adquaeſtu aus erſter Ehe iuxta inventarium, und in ſofern dieſe wegfallen ſollten,

2) in denen inzwiſchen von dem Vater zu präſtirenden alimentis.

Was auſſerdem noch Appellat von einer über ſein Vermögen zu errichtenden fideicommiſſariſchen Diſpoſition, und der Exheredation des Appellanten vorbringet und zu decidiren verlanget, betrifft allein die paterna, wovon dermalen gar keine Frage iſt, und welche weder zur Klage, noch zur Exception, noch zu einer Reconvention gehören; folglich braucht man ſich bey der jetzigen Entſcheidung im geringſten darum nicht zu bekümmern.

Wegen der maternorum nun, und des damit verknüpften halben adquaeſtus, hat Kläger und Appellant gegen ſeinen dieſe Güter nicht ex titulo ſingulari, ſondern blos pro poſſeſſore et absque titulo beſitzenden Vater, hereditatis petitionem, womit auch allenfalls rei vindicatio cumuliret werden kann, 1

vid. BOEHM. *de act. S. 2. C. 3. §. 16.*

zugleich aber und eventualiter ratione alimentorum implorationem officii iudicis angeſtellt; 2

BOEHMER. *l. c. §. 31.*

und wie dem Kläger die qualitas heredis et filiationis vom Beklagten nicht beſtritten werden kann, ſo ſind auch beyderley remedia inſoweit für fundirt und erwieſen zu halten, nur äuſſert ſich ratione probatae actionis anſeiten des Beklagten noch darin ein Widerſpruch, indem er behaupten will, daß der halbe adquaeſtus zu der Erbſchaft der Mutter nicht gehöre, und er alſo durch die in ſententia a qua ihm auferlegte Specificirung deſſelben gravirt ſey.

Nun negirt zwar Beklagter das desfalls von Klägern angezogene ius ſtatutarium, und inhäriret den gemeinen Rechten, nach welchen der adquaeſtus durante matrimonio bekanntlich dem Manne als Haupt und Vorſteher ſeines Hauſes zugehöret; mithin ſcheinet es, daß dem Kläger dießfalls um ſovielmehr annoch zuförderſt der Beweis ſeiner Klage und Intention aufzulegen ſeyn möchte, als die neue Proceßordnung §. 38. nur denenjenigen Weibern, welche mit dem Manne gleiche Handthierung treiben, die Participation von dem adquaeſtu beylege, und dieſes nicht ſowohl pro nova lege als vielmehr declaratoria zu halten; anerwogen die ſich blos ex iure germanico herleitende Participirung der Weiber an dem Erwerb vornehmlich in der Beyhülfe und Mitverdienſt der Weiber an dem gemeinſamen Erwerb gründet, und wie dieſe ratio inter nobiles et litera-

literatos gänzlich ceſſiret, alſo auch jenes ius ſtatutarium auf dieſe nicht zu extendiren ſeyn möchte.

3 Nachdem aber doch die Regierung, welcher die Landesgewohnheiten und Rechte am beſten bekannt ſeyn müſſen, in ihren rationibus decidendi als notoriſch angenommen, daß in vorigen Zeiten die Frauens indiſtincte von dem Erwerb participiret; und obgleich deſſen ohnerachtet ein Zweifel übrig ſeyn könnte, ob dieſe Aſſertion nicht allzu general ſey, und auf allerley Stände, mithin auch auf den Adel hieſigen Landes applicirt werden könne, dennoch in Anſehung des Beklagten wohl keinem Zweifel unterworfen iſt; allermaſſen auch derſelbe ſich deſſen beſchieden, und deswegen von dem Beſcheide a quo nicht einmal appelliret; nachhero aber dieſes gravamen in puncto ad-
4 quaeſtus nur vorgebracht hat, ut aliquid dixiſſe videatur; ſolchemnach die neue Proceßordnung gar nicht zuwider iſt; indem ſelbige wegen des Erwerbs der Weiber primario nichts neues diſponiret, ſondern nur wie die Weiber wegen Bezahlung der Schulden des Mannes ſich verhalten ſollen, regulirt, und zwar incidenter §. 38. anführt, daß unter Eheleuten, welche gleiche Handthierung treiben, der Gewinn beyden zu Nutz und Nahrung gehe; ingleichem der §. 40. zwar verordnet, was die Frauens zu thun haben, wann ſie mit ihrem Manne nicht gleiche Handthierung treiben, und dennoch nach Abſterben des Mannes die Hälfte von dem adquaeſtu lucriren wollen; nehmlich daß ſie vor der Verheyrathung declariren ſollen, daß ſie das commodum mit dem in commodo übernehmen, und auch die in ihrer Ehe contrahirte Schulden bezahlen wollen; gleichwohlen durch alles dieſes das vorige ius ſtatutarium, vermöge deſſen auch die Weiber, ſo keine gleiche Handthierung mit dem Manne treiben, von dem Erwerb participiret, nicht aufhebet, ſondern vielmehr beſtärket, und wann ja in dem §. 40. ſolches auf gewiſſe Weiſe zu Aufhebung aller Gefährde und Betrugs gegen die creditores modificiret iſt, dieſe Modification jedoch nicht retro auf des Appellanten Mutter zu ziehen, als deren Ehe längſt vor dieſer Proceßordnung geſchloſſen geweſen, und durch ihren Tod ſchon wieder diſſolvirt iſt: ſo wäre nach Referentis ohnmaßgebigen Meynung

die Action des Klägers auch in puncto adquaeſtus für bewieſen, und das gravamen des appellati, daß er ſolchen ſpecificiren ſolle, für ungegründet zu halten.

Gleichwie aber der Beklagte und Appellat dieſer Klage folgende exceptiones entgegen ſetzt:

1) daß er als Vater von den maternis des Appellanten den uſumfructum zeitlebens zu genieſen habe, und alſo deren Extradition plus tempore begehrt werde;
2) nicht ſchuldig ſey, darüber ein inventarium oder eidliche Specification zu ediren, und
3) ratione alimentorum, daß er weiter zu den alimentis nicht verbunden ſey, weilen der Appellant zu denen Jahren gekommen, da er ſein Brod ſelbſten verdienen könne;

und dann der Appellat mit allen dieſen Exceptionen bey der Regierung Gehör gefunden; der Appellant aber deswegen gegen den Beſcheid a quo eben ſo viel gravamina macht: ſo kommt es auf die Unterſuchung dieſer Exceptionen an, wie weit eine oder die andere in den Rechten gegründet, und die Intention des Klägers elidiren könne.

RATIO-

Digitized by Google

RATIONES DVBITANDI.

ad exceptionem I.

Obwohlen nun Appellant ad exceptionem I. ex iure germanico praesertim saxonico behaupten will, daß der dem Vater in iure romano ex patria potestate beygelegte ususfructus des peculii adventitii, secuta per separatam oeconomiam emancipatione liberorum cessire, und darunter auch den Beyfall einiger bewährten Rechtsgelehrten, als

CARPZOVII *P. 2. C. 10. Def. 5. p. 443.*

STRYCK. *in not. ad Inst. p. 209.*

STRUV. *Synt. iur. civ. Exc. 12. §. 5.*

HOPP. *ad §. 1. et 2. I. per quas pers. cuiq. acq. p. 370. seqq.*

und anderer für sich hat, welche diesen usumfructum auf die besondere Haushaltung, oder Hevrath oder auch Majorennität der Kinder restringiren, ja nach dem iure romano selbsten der Vater in praemium emancipationis nur den halben usumfructum behalte.

§. 1. I. per quas pers. cuiqu. adqu.

RATIONES DECIDENDI.

ad exceptionem I.

Alldieweilen aber das ius civile romanum als ein allgemeines Recht recipirt, und so lange zur Entscheidung dienen muß, bis die davon abgehende besondere Landesrechte und Gewohnheiten erwiesen sind; in hiesigen Landen aber dergleichen besondere Gesetze nicht vorhanden, sondern nach der praxi in den Gerichten stets dem iure civili in diesem Punct dahin nachgegangen worden, daß dem Vater der ususfructus von den bonis maternis der Kinder ad dies vitae gelassen ist, ohngeachtet diese separatam oeconomiam angestellt haben; die hypothesis auch, welche oben angezogene Doctores von der teutschen emancipatione der Kinder per nuptias vel per separatam oeconomiam bey gegenwärtiger Frage annehmen, sich nothwendig in einem statuto gründen muß, in dessen Ermangelung in einer bloßen opinione Doctorum beruhet, und in Teutschland für so allgemein nicht zu halten, wie die Doctores angeben, und wann gleich nicht zu leugnen ist, daß die mehresten, und auch diejenige, welche für die Autorität des römischen Rechts streiten, dießfalls davon abgehen, und die mores universales Germaniae hierin für unzweifentlich halten;

vid. HVBER. *ad I. p. 41. et 44. n. 8.*

sogar daß sie auch dem Vater bey einer solchen emancipatione ipso iure facta, dasjenige absprechen, was die römischen Rechte bey einer emancipatione expressa

cit. HVBER. *Prael. ad D. p. 47. n. 5.*

von der dimidia ususfructus in praemium emancipationis für den Vater disponiren; jedoch dieses allenfalls auf den vorliegenden Fall, da der Vater den Sohn ex patria potestate nicht dimittirt zu haben, ausdrücklich erkläret, und derselbe noch bey dem Vater im Hause ist, nicht zu applicirn stehet: so erscheinet bey diesen sehr durcheinander gehenden Meynungen und Sätzen der Doctorum zwar soviel, daß nach hiesiger praxi dem Appellaten in dem Bescheide a quo der ususfructus maternorum ad dies vitae billig zuerkannt, und das erste gravamen des Appellanten ungegründet sey.

Weilen

10 Weilen jedoch nicht abzusehen ist, was der Vater an den Kleidern der Mutter vor einen usumfructum exerciren könne: so sollte Referens dafürhalten, daß ad grav. II. derselbe um destomehr zu deren Extradition anzuweisen, als die Kleider entweder durch den Mottenfraß, oder doch auf eine andere Weise durch das lange Liegen nothwendig verderben müssen, und insoweit der Bescheid a quo zu reformiren sey.

RATIONES DVBITANDI
ad exceptionem II.

Die zweyte Exception, nehmlich die Befreyung von der verlangten Edition eines inventarii
11 oder eidlichen Specification betreffend: so hat zwar nach dem iure civili in thesi seine Richtigkeit, daß ein Vater wegen der für ihn militirenden Präsumtion der natürlichen Liebe gegen seine Kinder, wie auch wegen der schuldigen Ehrerbietung gegen ihn von der Edition eines inventarii, folglich auch dessen surrogato einer eidlichen Specification befreyt sey;

L. 8. §. 2. C. de bon. quae lib.

12 und obgleich einige Doctores alsdann hiervon eine Ausnahme machen wollen, wann der Vater ad secundas nuptias schreitet; in welchen Fall sie wegen der gemeiniglich sehr abnehmenden Liebe gegen die Kinder erste Ehe dem arbitrio iudicis ein vieles anheim geben:

STRYCK. *in caut. iuram. P. 3. S. 3. C. 1. n. 111.*

13 dennoch diese Meynung von andern bewährtesten Rechtslehrern mit rationibus und praeiudiciis widerleget wird;

de COCCEII *ius contr. L. 18. T. 8. Q. 3.*

PVFENDORFF. *Vol. 1. obs. 98. §. 18.*

welcher Meynung auch hier um so vielmehr zu folgen seyn möchte, als der Vater von den mütterlichen Gütern das inventarium und Theilung über die Nachlassenschaft seines Schwiegervaters wirklich beygebracht, und dieser seinen sämtlichen Kindern ausdrücklich verboten, weiter keine eidliche specificationes unter sich zu fordern.

RATIONES DECIDENDI,
ad exceptionem II.

Nachdem aber

14 1) es hier nicht allein auf die bona materna, sondern auch auf den adquaestum ankommt, und wann man hierunter alles der Willkühr des Vaters überlassen wollte, den Kindern mit der einen Hand würde genommen werden, was ihnen mit der andern gegeben wird; folglich

2) dieser Punct nicht so sehr ex iure civili als ex iure statutario zu entscheiden; und dann

15 3) in der anno 1704. publicirten Erläuterung des ein Jahr vorher ergangenen Eheedicts über diesen Fall ganz wörtlich die Vorsehung dahin geschehen:

> §. X. Nicht weniger einem Wittiber untersagt wird, zur andern Ehe zu schreiten, bis derselbe mit Zuziehung seiner verstorbenen Ehefrau nächsten Freunden, loco inventarii eine Specification sowohl der mütterlichen beweg- und unbeweglichen Güter, als des Erwerbs voriger Ehe errichtet, und da er schreibens erfahren, solche Specification eigenhändig unterzeich-

Digitized by Google

zeichnet; folglich entweder von der Obrigkeit des Orts confirmiren, oder wenigſtens, wann des abgelebten Eheweibs Nachlaß ein geringes ausmachen ſollte, durch zwey ohnverwerfliche Zeugen unterſchreiben laſſen, und darauf alsdann ſelbige Specification jetzt erſagten nächſten Freunden überliefert und zugeſtellet. Geſtalten durch dieß Mittel vielen Unordnungen, auch nachgehends zwiſchen denen aus verſchiedenen Ehen procreirten Kindern erwachſenden Proceſſen vorzubeugen ſtehet;

in welcher Verordnung zwar auch das ius civile romanum zum Grunde geſetzt, und dem Vater in caſu ſecundarum nuptiarum loco inventarii nur eine Specification zu formiren auferlegt; gleichwohlen ſolches zum Beſten und Sicherheit der Kinder auf gewiſſe Weiſe modificiret wird; der Appellat aber

4) dieſe Ordnung nicht befolget, geſtalten das F. iſche inventarium hierzu ſo wenig hinlänglich iſt, als das Verbot des Schwiegervaters an ſeine Kinder, keine eidliche Specification untereinander zu begehren, den Appellanten bey gegenwärtigem Fall binden kann, und alſo 16

5) dieſem um ſo weniger verwehrt werden muß, nunmehro anſtatt der unterlaſſenen ordnungsmäſſigen Conſignation auf das remedium ſubſidiarium, iuratam ſcilicet manifeſtationem zu recurriren, als des appellati abgeneigtes Gemüth gegen denſelben am Tage lieget; ſo iſt wohl ſehr zu verwundern, daß das iudicium a quo auf oben angezogene Ordnung keine Reflexion genommen, und findet Referens bey dieſer der Sachen Bewandniß keinen Anſtand, den Appellanten zur eidlichen Manifeſtation ſowohl der maternorum als des adquaeſtus ex primo matrimonio zu condemniren, und ſententiam a qua auch in dieſem Punct zu reformiren.

RATIONES DVBITANDI,
ad exceptionem III.

Endlich die dritte Exception des Appellaten, nehmlich den punctum alimentorum anlangend, obwohlen ein Vater regulariter den Kindern weiter keine alimenta zu reichen ſchuldig iſt, als bis ſie zu denen Jahren gekommen, quibus ſe ipſos exhibere poſſint, welches durch die Landesgeſetze hin und wieder verſchiedentlich aufs funfzehende oder ſechszehende Jahr oder auf die Majorennität determinirt iſt; daher auch der Appellat hier um ſo viel mehr damit zu verſchonen ſeyn möchte, als er zu Erziehung des Sohnes ſchon viele Koſten angewandt, und die von dieſem desfalls vorgeſchützte Negligenz nicht erwieſen iſt, der Appellant hingegen wider des Vaters Willen geheyrathet und ſich ſonſt ſehr widerſpenſtig gegen ihn aufgeführt hat. 17

RATIONES DECIDENDI,
ad exceptionem III.

So wird ſich jedoch der Appellat von deswegen wohl nicht entziehen können, dem Appellanten nebſt ſeinem Weib und Kindern die nothdürftigen alimenta zu reichen; weilen er

1) ſelbſten behauptet, daß der Appellant noch nicht emancipirt ſey, ſondern annoch ſub patria poteſtate ſtehe, woraus folget, daß er denſelben nebſt Frau und Enkeln als einen Theil ſeiner Familie unterhalten müſſe; 18

19 2) behält der Appellat den uſumfructum von den maternis, und den halben adquaeſtum und iſt alſo auch die höchſte Billigkeit, daß der Appellant nebſt den Seinigen davon wenigſtens den Lebensunterhalt genieſe;

20 3) iſt Rechtens, daß ein Vätter nöthigenfalls auch den liberis emancipatis die alimenta naturalia, ſc. quae ad vitae ſuſtentationem requiruntur, zu präſtiren verbunden iſt, cum alimenta naturalia nec ingrato filio deneganda ſint;

L. 5. §. 2. de agn. vel al. lib.

BOEHMER. *de act. Sect. 2. Cap. 1. §. 31. not. 1.*

damit dieſelbe dem publico nicht zur Laſt fallen; und da

4) der Appellant weiter nichts begehret, ſo kommt es auf die hin und wieder ſich vorgeworfene Fehler in der Erziehung und Aufführung nicht an;

5) hat der Appellat in ſeinen Schriften ſelbſten nicht ableugnen können, daß er endlich auf die ohnabläßige Vorbitte ſeiner verſtorbenen Frau, in die Ehe des Sohns conſentirt habe, und kann er alſo bey andern obenangeführten Gründen, dieſelbe nebſt ihren Kindern von der Alimentation nicht ausſchlieſſen.

Dannenhero das dritte gravamen des Appellanten gegen den Beſcheid a quo, daß Appellat von den alimentis abſolvirt worden, ebenfalls fundirt, und ex voto Referentis theils con- theils reformatorie folgendermaſſen zu erkennen ſeyn wird ꝛc.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS I.

Da Dominus Referens regiminalis et huius inſtantiae in facto vorausſetzen, daß der adquaeſtus coniugalis auch vor der neuern Proceßordnung indiſtincte inter coniuges, wann auch ſchon die Frau nicht zum Erwerb, wie inter litteratis, contribuiret, in hieſigen Landen etablirt ſey: ſo nehme ſolches mit denſelben vor bekannt an, weil ich überdieſes finde, daß dieſe theſis in einer zu Marburg von einem hieſigen Advocaten gehaltenen Diſſertation

FRANKE *Diſſ. quatenus uxores in Haſſia dimidiam adquaeſtus lucrentur?*

öffentlich für feſtgeſetzt worden. *)

21 Eben dieſer Umſtand aber bewegt mich, daß ich Anſtand finde zu glauben, daß nicht der modus ſolvendi patriam poteſtatem per ſeparatam oeconomiam vel per nuptias hieſiger Orten etablirt ſeyn ſollte. Erſteres, nehmlich die Participation an dem adquaeſtu coniugali iſt ohnſtrittig ein veſtigium der einzig und allein ex iure germanico herzuleitenden communionis bonorum, ſive univerſalis ſive particularis, und dieſer Gebrauch iſt nicht ſo univerſell in Teutſchland als die Aufhebung der vätterlichen Gewalt per ſeparatam oeconomiam vel nuptias. Da man nun den adquaeſtum in dieſen Landen für univerſaliter recipirt achtet: ſo kann ich mir kaum einbilden, daß man in Anſehung der vätterlichen Gewalt ſo ſtricte den principiis iuris romani inhaeriren ſollte; weil doch nicht allein in Teutſchland, ſondern wie auch ſogar auswärtige Rechtsgelehrte anführen,

SANDE

*) S. Ordnung von Verbeſſerung des Juſtizweſens, d. d. 17ten März 1767. §. 27.

Digitized by Google

SANDE *in Dec. Lib. 2. Tit. 7. Def. 5.*

faſt in ganz Europa conſuetudinis und iuris iſt, daß die Kinder durch ihre Verheyrathung und Separirung der Haushaltung aus der vätterlichen Gewalt gehen.

vid. in ſpec. BOEHMER. *in exerc. ad Pand. de ſtatu liberorum ſui iuris factorum per ſeparationem vel nuptias.*

Ich treffe auch Spuren an, daß die älteſten Heßiſchen ICti ſelbſt dieſes admittiren; beſonders

HERM. VVLTEIVS *ad §. ult. I. quibus modis patria poteſtas ſolvatur.*

ſetzet man dieſes aber, der von allen Rechtslehrern ſelbſt nach der natürlichen Billigkeit ſoviel ich weiß heutiges Tages zugegebenen Regel gemäß, zum voraus: ſo ſehe ich nicht, wie in gegenwärtigem Falle der Appellat ſich entbrechen möge, ſeinem appellantiſchen Sohn das mütterliche mediante iurata ſpecificatione heraus zu geben.

Es obſtirt mir auch hierunter nicht, daß Dnus. Referens vornehmlich aus der Urſache ad negativam inclinirt, weil der Vater negirt, daß der Sohn nicht mehr in vätterlicher Gewalt ſtehe; ſondern vorgibt, daß er noch bey ihm dem Vater im Haus ſeye; indem erſteres des Vaters Negation contra evidentiam facti angehet, da die Verheyrathung des Sohns wahr iſt, und ſonſten ſoviel ex actis ſich ergiebt, daß der Sohn gerne vorlängſt ſeparatam oeconomiam inſtituirt haben würde, wenn ihm nur der Vater etwas gegeben hätte, wovon er ſolches zu thun, oder ſich ſonſten zu ernähren im Stande geweſen wäre. Letzteres aber, und daß der Vater den Appellanten zeithero bey ſich im Hauſe gehabt, thut zwar meines Erachtens ſoviel, daß derſelbe ratione praeteriti den uſumfructum maternorum behält, weil er demſelben die alimenta gegeben, oder dafern er ſolches pro facultatibus bisher nicht gethan, es annoch thun muß; doch hindert dieſes nicht, daß der Sohn nicht befugt ſeyn ſollte, auf die Extradition der maternorum zu dringen, damit er pro futuro ſeine eigene Oekonomie inſtituiren könne.

Eben ſo wenig will mir auch im Wege ſtehen, daß der Appellant gegen ſeines Vaters Willen geheyrathet; dann obſchon ad effectum diſſolvendae patriae poteſtatis per nuptias erfordert wird, daß der Vater in die Ehe conſentirt haben müſſe: ſo iſt doch in ſubſtrato ſchon genug, daß der Vater nicht leugnen kann, wie er nach der Hand gleichwohl dieſe Ehe ratificiret habe. 22

TIRAQVELLVS *de LL. connub. Gl. 7. n. 5. 6. et ſupra allegat.* SANDE *Dec. Friſ. cit. l.*

Bey dieſen Umſtänden alſo, und wann nicht eine contraire ganz exorbitante praxis univerſalis obſtiren ſollte: ſo wäre meiner ohnmaßgeblichen Meynung nach der Vater verbunden, die materna ſowohl überhaupt, als auch quoad dimidiam adquaeſtus zu extradiren; doch verſtehet ſich ſolchenfalls von ſelbſt, daß alsdann die Alimentation pro futuro wegfalle. Da auch die diſſolutio patriae poteſtatis per ſeparatam oeconomiam vel nuptias ganz keine Gemeinſchaft mit der römiſchen Emancipation hat: ſo kann eben ſo wenig dasjenige, was ſonſt die römiſche Geſetze von der dimidia uſusfructus in peculio adventitio für den Vater ſtatuiren, wann man nicht a diverſis principiis ad diverſa iura argumentiren will, Platz greifen, und wäre daher meo voto ſententia dahin abzufaſſen:

daß dem Beklagten und Appellaten der ususfructus von dem mütterlichen des Appellanten sowohl, als die dahin gehörige halbe Errungenschaft aus erster Ehe ferner nicht gebühre; sondern besagter Appellat beydes, soviel dessen annoch vorhanden, mittelst eidlicher Manifestation und Specification, dem Appellanten herauszugeben, auch insofern er demselben die nöthige alimenta zeithero nicht verabreichet, selbige annoch nach richterlicher Ermässigung zu vergüten schuldig; im übrigen aber wegen des ratione praeteriti zurückgeforderten, aus dem mütterlichen zeithero gehabten ususfructus derselbe von angestellter Klage zu absolviren sey.

Wofern man aber auch dafür halten wollte, daß in hiesigen Landen patria potestas per separatam oeconomiam vel nuptias nicht aufgehoben werde; mithin der Vater das mütterliche und den adquaestum nicht abzutretten verbunden seye: so sehe ich doch ex identitate rationis eben wenig, wie er möge schuldig erkannt werden, die mütterliche Kleidung blos ex illa ratione, quia servan-
23 do servari non possent, und weil derselbe eigentlich davon keine Nutznieſſung habe, zu extradiren; indem das letztere suppositum mir nicht omni exceptione maius zu seyn scheinet; weil ja einem Vater freystehet, die Sachen der Kinder praesertim mobilia, worinen ihm der ususfructus competiret, urgente necessaria causa, qualis omnino est quod servando corrumpantur, auch ohne gerichtliches decretum alienandi zu Geld zu machen;

GAIL. *Lib. 2. Observ. 72. n. 14.*
MYNSING. *Cent. 6. Obs. 61.*

und solchenfalls er das davon erlösende Geld so gut als alles übrige salva substantia benutzen kann. Ich befinde mich also auch in diesem Stücke allenfalls anderer, jedoch ohnmasgeblicher Meynung.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS II.

Was die erste Frage betrifft:

Ob der Vater die seinem Sohn über die materna zu ediren schuldig erkannte Specification iurato zu bestärken schuldig sey?

so ist zwar regulariter der Vater qua usufructuarius ratione bonorum maternorum weder ad confectionem inventarii solennis, noch ad editionem specificationis iuratae gehalten; sondern allenfalls, wann es von seinen Kindern oder auch der Obrigkeit verlangt wird, nur ein Verzeichniß derjenigen mütterlichen Güter, wovon er den Nießbrauch gehabt, heraus zu geben schuldig.

per *L. fin. §. 4. in fin. C. de bonis quae liber.*
MYNSING. *P. 2. Obs. 93.*
HERT. *Vol. 1. Resp. 473. n. 1. et 2.*

24 Nachdem aber verschiedene Doctores, und unter andern auch der von gedachtem HERT. l. c. allegierte

FINCKELTHAVS. *Obs. 76. n. 15. 16. et 20.*

mit verschiedenen praeiudiciis bestärket, daß solches alsdann einen Abfall leide, si pater ex urgente causa suspectus sit, und dann in casu substrato, da der Vater nicht nur in secundo ma-

trimonio ſtehet, ſondern auch mit dem jetzigen Appellanten ſeinem Sohn ex primo thoro in äuſſerſtem Widerwillen und öffentlichem Streit lebet, urgentes ſuſpiciones vorhanden ſind, daß er lieber ſeinen Kindern aus zweyter Ehe etwas zuwenden werde:

ſo habe auch bewandten Umſtänden nach, keinen Anſtand, mich bey dieſem Punct den Herrn Re- und Correferenten dahin zu conformiren, daß der Appellat die von ihm erforderte Specification derer maternorum iurato zu beſtärken ſchuldig ſeye.

Bey der zweyten Frage:

Ob der Vater, wann der Sohn ſeparatam oeconomiam anſtellet, demſelben das peculium adventitium und die materna herauszugeben ſchuldig ſeye?

iſt zwar unanimis Doctorum ſententia pro affirmativa, quod tam ex legibus quam ex uſu iuris germanici univerſalis per inſtitutam a filio ſeparatam oeconomiam emancipatio facta eſſe cenſeatur; hoc caſu autem pater filio aut certam partem bonorum aſſignare, aut bona materna utendo fruendo relinquere teneatur. Conferantur praecipue

THOMAS. *Diſſ. de quaſi emancipat. Germanor.*
BEYER. *Specim. iur. germ. L. 1. C. 26. §. 71.*
HERT. *Vol. 1. Reſp. 494. n. 1. ſeqq.*
LAVTERBACH. *in Colleg. Lib. 1. tit. 7. §. 34.*
STRYCK. *in uſ. modern. Lib. 1. tit. 7. §. 21. et 26.*

dieſelbe ſtatuiren auch noch ferner, quod talis ſeparatio etiam invito patre fieri poſſit, ſi nempe liberi ſint maiorennes; quia abſurdum foret, filium ſibi familiaeque victui ſufficienti quaerendo aptum, invitum in familia paterna propterea detinere velle, ne pater adventitia reſtituere cogatur;

THOMAS. *in allegat. Diſſ. §. 46.*
BEYER. *l. c. §. 80.*
CARPZ. *D. 1. C. 10. Def. 1. n. 4.*
LAVTERBACH. *l. c.*

und da dieſes Recht, ſoviel die Emancipation a patria poteſtate per ſeparatam oeconomiam betrifft, in hieſigen Landen ebenfalls keinem Zweifel unterworfen iſt: ſo ſcheinet nach der analogia iuris in dieſem Fall der Vater auch zu der Reſtitution der adventitiorum aut maternorum auch umſomehr gehalten zu ſeyn, da das eine aus dem andern folget; indem dem Vater der uſusfructus in maternis anders nicht als ex iure patriae poteſtatis gebühret, hac autem ſublata jener auch von ſelbſten ceßiret; mithin die ſeparationem bonorum als ein untrügliches conſectarium nach ſich ziehet. Nachdem aber dem Vernehmen nach in hieſigen Landen die beſondere Obſervanz vorhanden, daß wann ſchon der Sohn durch Anſchaffung ſeines eigenen Unterhalts und Anſtellung einer beſondern Oekonomie der väterlichen Gewalt entzogen iſt, der Vater dennoch des uſusfructus in maternis nicht verluſtig wird; ſondern ſelbigen ad dies vitae zu genieſen habe: ſo wird man auch in caſu ſubſtrato nicht anders als auf dieſe beſondere Landesgewohnheit ſprechen können, und

accedire ich alſo dem Herrn Referenten, jedoch nach dem vom Herrn Correferenten gemachten monito mit dem Anhang, daß ſolchergeſtalt der Vater dem Sohn auch die mütterliche Kleider herauszugeben nicht ſchuldig ſeye.

Was endlich die dritte Frage belanget:

Ob der Vater dem Sohn und ſeiner Familie forthin noch weiter die alimenta zu geben ſchuldig ſeye?

So hat es zwar damit in regula ſoweit ſeine Richtigkeit, daß die alimenta überhaupt, und beſonders auch zwiſchen Eltern und Kindern nur in ſubſidium gebühren, und daß dannenhero die Eltern den Kindern, wann ſie ein gewiſſes Alter, abſonderlich aber die Majorennität erreichet haben, alsdann keine alimenta mehr zu geben ſchuldig ſeyen, weilen zu präſumiren iſt, daß ein Menſch von dieſem Alter ſeinen Unterhalt zu verdienen ſelbſt im Stande ſeyn müßte. Nachdem ſich aber in caſu ſubſtrato des Vaters eigenem Geſtändniß nach der Sohn in dem Stande gleichwohl nicht findet, ſeinen Unterhalt ſelbſt anzuſchaffen: ſo iſt die Frage, was der Vater hierbey zu thun ſchuldig ſeye? Wann der Sohn bey dieſen Umſtänden und ſecundum praemiſſa, da der
26 Vater den uſumfructum in bonis maternis einen Weg wie den andern ex iure ſtatutario behält, dennoch ad ſeparatam oeconomiam ſchreiten, und ſich ſolchergeſtalt ſelbſt ex patria poteſtate emancipiren wollte: dann würde der Vater ſecundum communem opinionem Doctorum demſelben wohl einige alimenta zu verabreichen, weiter nicht gehalten ſeyn; immaſſen die Doctores in dieſem Fall nur den einzigen caſum excipiren, ſi filius cum uxore et eius liberis e domo patris receſſerit propter immanitatem novercae; tunc enim pater teneri ad praebenda alimenta filio, nurui ac nepotibus.

PONTAN. *de aliment. Cap. 5. n. 5.*

Wann aber der Sohn nicht ſelbſt des Vaters Haus verlaſſen will: ſo kann ihn der Vater bey dem eigenen Geſtändniß ſeines Sohns Unvermögenheit ſich und ſeine Familie ſelber zu ernähren, ſo ſchlechterdings auch nicht verſtoſſen; ſondern iſt demſelben die nöthige alimenta ſo lange zu verabreichen ſchuldig, bis er zeiget, daß er ſich aliunde unterhalten könne.

Dann obzwar verſchiedene Doctores dafür halten wollen, quod etiam per ſolas nuptias
27 filius emancipetur ex patria poteſtate: ſo ſtatuiren doch gar viele andere und die mehreſte das contrarium,

LAVTERBACH. *Colleg. Lib. 1. tit. 7. §. 38.*
COCCEII *ius. controv. ad h. t. Qu. 12.*
STRYCK. *uſ. modern ad h. t. §. 22.*

und führen mit gutem Grunde an, quod per ſolas nuptias, niſi accedat ſeparatio bonorum et ſeparata oeconomia, patria poteſtas non ſolvatur, und da auch der Appellat ſelbſten geſtehet, daß er ſeines Sohns Heyrath ratihabiret, und denſelben bis itzt noch nicht aus der väterlichen Gewalt entlaſſen habe: ſo iſt er auch ex meo voto demſelben, wann er zumalen den uſumfructum in maternis behalten will, ex duplici capite, und zwar in ſubſidium ex maternis die alimenta zu geben ſchuldig ꝛc.

DECI.

Digitized by Google

DECISIO CLXXVIII.

ARGUMENTUM GENERALE:
DE REMEDIO SPOLII EIVSQVE REQVISITIS.

SUMMARIA.

Libri cenſuales et tributorum vim probandi habent. n. 1.
Non interrumpitur praeſcriptio per litem in qua actor ſuccumbit. n. 2.
Qui de ſpolio queritur, ante omnia poſſeſſionem probare debet. n. 3.
A parte deiicientis vero requiritur iniuſta deiectio. n. 4.
Spoliatus ergo reſtitutionem non impetrat, antequam de iuſta retinendi cauſa doceat. n. 5.
Nulla exceptio contra actionem ſpolii locum habet. n. 6.
Quod declaratur, n. 7. 8.
Et limitatur. n. 9. 10. 11. 12.
Cataſtra nova vim probandi antiquorum non habent n. 13.
Requiſitum cataſtri. n. 14.
Cataſtrum tertio ignoranti non praeiudicat. n. 15.
Praeventio iurisdictionem concurrentem ſupponit. n. 16.
Iurisdictio in Haſſia, ad modum ſervitutis diſcontinuae, immemoriali tempore tantum praeſcribitur. n. 17.
Inſtrumentum poſſeſſionem probaturum de actibus poſſeſſoriis teſtari debet. n. 18.
Actor qui poſſeſſorium et petitorium in actione ſpolii cumulat, exceptiones petitorium reſpicientes admittere debet. n. 19,

SENTENTIA.

In Sachen des Erbſchenken und Baumeiſters, Nahmens ſämmtlicher Ganerben und Schenken zu S., wider Procuratorem fiſci, Nahmens des herrſchaftlichen Beamten zu F., die vom Appellaten prätendirte Mitgerichtbarkeit in cauſis civilibus zu Nieder W. und desfalls wieder den appellantiſchen Schultheiſſen M. zu R. angeſtellte Spolienklage betreffend: wird Procurator G. hiermit angewieſen, die in actis angezogene alte Verträge und Receſſe in beglaubter Form ad acta zu bringen, und Procuratori fiſci zur Nachricht communiciren zu laſſen; im übrigen aber iſt mit Verwerfung des von Appellaten nicht beygebrachten ſpolii auf das von beyden Theilen in actis verhandelte hiermit Vorbeſcheid:

kann und wird Appellat die zum Grund der Klage gelegte Mitgerichtbarkeit in cauſis civilibus und zwar dergeſtalt, daß ſolche jeder Theilhaber in caſu praeventionis für ſich allein in ſolidum zu exerciren habe, beſſer als noch geſchehen, innerhalb zweyer Monaten, peremtorie beſtimmt, ſalva reprobatione erweislich beybringen: ſo ergehet in termino weiter W. R.

Publicata die 4. Febr. 1767.

FAC-

Digitized by Google

FACTVM.

Der herrschaftliche Schultheiß St. zu F. hat einem Einwohner zu Nieder W. zu Vollstreckung eines gegen denselben ertheilten iudicati ein trächtiges Schwein anspfänden lassen. Hiergegen hat der S. ische Schulz M. zu R. aus dem Grunde weil seinen Herrn, denen von S. die Jurisdiction in dergleichen Fällen zu Nieder-W. zustünde, protestiret. Als aber der erstere nichtsdestoweniger zur Subhastation des Pfands terminum präfigiret: so hat der Schultheiße M. das Schwein durch den Amtsdiener abholen lassen. Hierüber beschwehrte sich der Schultheiß St. bey der Regierung zu Marburg, und erthielt nicht nur ein mandatum cum clausula, sondern auch, nach verhandelter Sache, den Bescheid:

daß der Beklagte das aus dem Pfandstall zu Nieder-W. via facti weggenommene Schwein bey 50 Rthlr. Strafe binnen zweymal 24 Stunden ad locum unde zu restituiren schuldig zu erkennen, und Kläger so lange bey der Samtjurisdiction mit denen von S. zu schützen, bis Beklagter in petitorio ein anderes wird ein- und ausgeführet haben; cum condemnatione rei in expensas.

Von diesem Bescheide appelliren nunmehr des Beklagten Principalen an dieses Tribunal, und halten sich dadurch von deswegen gravirt zu seyn, weil Kläger zu Begründung seiner Spolienklage, und pro colorando possessorio gar nichts erhebliches angeführet.

VOTVM.

Es kommt bey dieser Sache dermalen auf die Frage an:

Ob auf die angestellte Spolienklage nach allem dem, was zu deren Begründung in actis beygebracht worden, so, wie in sententia a qua geschehen, definitive erkannt werden können oder nicht, und wie letzteren Falles von rechtswegen erkannt werden müsse?

RATIONES DVBITANDI

Ob nun zwar

1) Appellat das Steuercatastrum vom 18ten März 1747. §. 40. für sich zu haben scheinet, Innhalts dessen gnädigste Herrschaft, und die von S. die Civiljurisdiction gemeinschaftlich haben sollen, also daß sie herrschaftlicher Seits durch den Schultheisen zu M. und F., S. ischer Seits aber durch ihren Syndicum und Justitiarium verwaltet werde; dieses catastrum auch

2) allen Glauben verdienen möchte, wann es den Rechten nach bekannt ist, quod libri censuales et tributorum, Steuer und Schatzregister, vim probandi habeant;

L. 16. D. de prob.
L. 4. D. de censib.
L. 2. C. de fund. rei. priv.
L. 1. C. de exact. trib.
MEV. *P. 4. Dec. 179. n. 1.*
a LEYSER. *V, 11. Sp. 683. Med. 6-16.*

3)

3) bevorab solchem noch das Attestat des Schultheisen S. beytritt, vermöge dessen er und sein Vorfahr S., welcher über 40 Jahr im Amt gestanden, nebst dem herrschaftlichen Beamten zu M. und denen von S., in dem Dorf Nieder-W. Vorsteher und Bauermeister ohne die von S., beeidiget, und die Rechnungen abgehöret haben, und diese Dorfschaft ratione contributionis und der Dienste ohnstrittig zum Gericht L. gehöret, wie nicht weniger die vorkommenden Klagen entweder zu F. oder zu M. bey dem herrschaftlichen Beamten, oder denen von S. angestellet werden können;

4) seit dem alten Vergleich von 1570. wann solcher erst in originali vorgelegt würde, sich viele Veränderungen ereignen können, und allem Ansehen nach seithero auch wirklich ereignet haben, indem Nieder-W. heut zu Tag zum Gericht L. gehöret, und die dasige Burgermeister, (oder hier in Unterhessen sogenannte Greben,) vom herrschaftlichen Beamten zu M., die Vorsteher aber vom Beamten zu F. gesetzt und beeidiget werden;

5) diese Veränderung vielleicht dadurch veranlasset seyn könnte, daß die in dem Vergleich de anno 1570. als Mitgerichtsherrn begriffene Vögte zu F. nachgehends ausgestorben, und deren Hof an gnädigste Herrschaft gelanget, wodurch dieselbe von der Zeit her, an der Civilgerichtsbarkeit Theil genommen; woher dann

6) die allenfalsige Präscription um so mehr mit einzutreten scheinet, da man solche wenigstens von Zeit des anno 1748. errichteten Steuerstocks an rechnen, und auf die Art die praescriptionem 10 annorum herausbringen kann, wenn man auch das S. ische Attestat gänzlich auf die Seite setzen wollte; zumalen es

7) binnen dieser Zeit an actibus iurisdictionis nicht gefehlet, und Appellat noch neuerlich in Sachen des Pfarrers zu Nieder-W. gegen seine Pachtleute, wie auch Peter B., wider Conrad O., in puncto Fenstereinschlagens cognosciret und gepfändet haben will, und da dieses öffentlich geschehen, der darauf gegründeten possessioni vel quasi das vitium clandestinitatis nicht im Wege stehet, und obwohl

8) Appellanten gegen die Eingriffe der herrschaftlichen Beamten so gar in actibus voluntariae iurisdictionis anno 1738. protestiret haben, dennoch Appellat behauptet, daß sie in dieser Sache succumbirt haben sollten; dannenhero solches die appellatische possessionem vel quasi nicht interrumpiren, folglich der Präscription nicht obstiren würde. 2

a LEYSER. *Spec. 464. M. 2.*

RATIONES DECIDENDI.

Dennoch aber und dieweilen

1) bey einer Spolienklage vor allen Dingen de possessione et improba deiectione constiren muß; qui enim de spolio queritur, ante omnia de possessione probare debet; 3

C. 10. de off. et pot. iud. deleg.

C. 2. de restit. spoliat. in 6to.

MEV. *P. 7. Dec. 159. num. 1.*

BOEHMER. *I. E. P. T. 1. L. 2. Tit. 13. §. 5. num. 5.*

et a parte deiicientis requiritur improba deiectio; 4

L. 1. et t. t. D. de vi et vi arm.

MEV. *P. 7. Dec. 159. num. 2.*

5 ideoque ſpoliatus reſtitutionem non impetrat, antequam de iuſta retinendi cauſſa doceat;

MEV. *P. 7. Dec. 159. n. 12. 13.*

6 und obwohl contra actionem ſpolii keinerley exceptio, quae petitorium tangit, utpote dominii, renunciationis etc. regulariter zuläßig iſt, ſed ſpoliatus ante omnia reſtituendus eſt;

Cap. 1. 2. 3. 5. 6. X. de reſt. ſpoliat.

L. 1. §. 30. D. de vi et vi arm.

BOEHMER. *I. E. P. Tom. I. Lib. 2. Tit. 13. §. 4.*

7 etiam praedo, ſecundum rigorem iuris;

d. C. 5. in f. X. de reſt. ſpol.

L. 12. 18. D. de acqu. vel. A. P.

BOEHMER. *d. T. 13. §. 4.*

8 quia nec exceptio ſpolii antea commiſſi admittenda, ſed ſimpliciter ultima vis attenditur:

BOEHMER. *ibid.*

9 dennoch dieſe Regel nach richterlichem Ermeſſen und Beſchaffenheit des geklagten ſpolii verſchiedene Abfälle leidet, et extra ordinem plures admittuntur exceptiones;

BOEHMER *T. 1. L. 2. tit. 13. §. 5.*

10 worunter denn auch dieſe gehören, quod ſpoliatus non ſit reſtituendus, cum de iure petentis et reſtitutionem denegantis conſtat;

MEV. *P. 1. D. 179. n. 5. et. P. 7. Dec. 299, n. 2.*

BOEHMER. *d. t. 13. §. 5. num. 1.*

11 aut cum utrinque de ſpolio agitur, ubi reſtitutio fieri debet inxta priorem ſtatum;

MEV. *P. 8. Dec. 325. per L. 6. pr. D. de acq. vel am. poſſ.*

12 datur enim hoc caſu contra actionem ſpolii exceptio defenſionis;

BOEHMER. *de T. 1. Lib. 2. tit. 13. §. 5. n. 8. per C. 12. X. de reſtit. ſpoliat.*

L. 3. §. cum igitur D. de vi et vi arm.

L. 12. §. 1. D. quod met. cauſſa.

nun aber in gegenwärtigem Fall die Poſſeßion appellatiſcher Seits noch gar nicht dargethan iſt; allermaſſen

13 2) das extractsweiſe producirte cataſtrum der Dorfſchaft Nieder W. um deswegen nichts beweiſen will, weil es eines Theils nicht antiquum ſondern novum, und erſt anno 1748. errichtet, folglich auf deſſen requiſita deſto genauer zu ſehen iſt;

a LEYSER. *ſp. 683.*

14 woran es aber, ſoviel ex actis conſtiret, fehlet, und nirgends erſichtlich iſt, ob die Appellanten bey deſſen Errichtung gebührend gehöret worden, und ſich zu dem, was niedergeſchrieben worden, wirklich bekannt haben;

MEV. *P. 4. Dec. 34. n. 5.*

andern

Digitized by Google

andern Theils hier nicht de censu et tributis, sondern von einer ganz fremden Sache, nehmlich der Gerichtsbeschreibung die Rede, und diese allem Ansehen nach ex ore der herrschaftlichen Beamten abgefasset worden, ohne die von S. darüber zu hören, welche sonst gewiß eben so, wie jetzo geschehet, und anno 1738. geschehen ist, sich movivet haben würden; catastrum autem scientibus tantum praeiudicat; 15

MEV. *P. 4. D. 34. n. 5. et P. 5. Dec. 70. num. 3. et 5.*

3) das in propria causa zu Begründung der vergleichswidrigen Eingriffe ertheilte Attestat des alten Schultheisen S. nichts erheben mag; solches auch ohnehin contradictorisch ist, da die Verpflichtung der Vorsteher und Bauermeister zugleich nebst denen von S. und ohne die von S. geschehen seyn soll;

4) die einseitige cognitiones der herrschaftlichen Beamten den Appellanten um so weniger obstiren mögen, da sie voraussetzen konnten, daß es Fürstliche selbst eigene Sachen beträffe, worinnen die herrschaftlichen Beamten nach dem Vertrag von 1570. zu cognosciren befugt sind; dahingegen und wann die herrschaftlichen Beamten auch bloße Privatsachen etwa vor sich gezogen hätten, (wovon gleichwohl nicht constiret, und die angeführten beyden praeiudicia theils als vor das consistorium gehörig, theils als in die Peinlichkeit einschlagend, und folglich für zweifelhaft anzusehen sind,) solches doch den Appellanten nicht nothwendig zur Wissenschaft und Notitz gelanget ist; wenigstens davon nicht constiret, und sich solches um so weniger vermuthen lässet, als denen Eingriffen der Beamten, worüber häufige Klagen und Processe entstanden, erst durch das Regierungsausschreiben vom 2ten Jun. 1755. vorzubeugen gesucht, und die Gerichtsherrn in den Stand gesetzt worden, seit dieser Zeit, ehe als vorher, die ihnen zugefügte Eingriffe gewahr zu werden; inzwischen gleichwohl

5) Appellanten aus dem Receß von 1570. (den man doch, ihrem Begehren nach ex officio nicht aufsuchen lassen kann, sondern dessen Production in forma probante vielmehr ihnen selbst zu überlassen hat,) fundatam intentionem auf die bürgerliche Obrigkeit in dem R. und in specie auch in Nieder W. für sich haben; anbey

6) durchaus nicht geständig sind, daß jemand anders als sie die Gerechtigkeit derer Vögte zu F. an sich gebracht, vielmehr behaupten, daß ihnen solche nach jener Ableben als Ganerben zugefallen, und sie darinen ex pacto et providentia maiorum succediret wären, und mit der Jurisdiction beliehen würden; ja wenn gleich

7) gnädigste Herrschaft den Vogtischen Hof zu F. an sich gebracht und denen von B. darinen succedirt hätte: dennoch nirgends in actis dargethan ist, daß die Vögte als Besitzer dieses Hofs an der Gerichtsbarkeit im R. und zu Nieder W. Theil gehabt, oder ob ihnen solche Gerichtsbarkeit als Ganerben und Mitbelehnten zugestanden hätte; wann man aber auch

8) auf einen Augenblick annehmen wollte, daß gnädigste Herrschaft den Vogtischen Antheil an der Civiljurisdiction an sich gebracht hätte, dennoch hieraus keinesweges folgen würde, daß jeder Theilhaber, so wie appellatischer Seits prätendiret wird, iudex in solidum, folglich eine iu- 16
risdicto concurrens vorhanden seye, quae praeventioni locum facit, sondern vielmehr die ganze

Digitized by Google

iurisdictio civilis beyden Theilen zusammen in corpore zustehen, und gesamter Hand verwaltet werden müßte;

VULTEIVS *de iudiciis L. 1. cap. 4. num. 197. seq.*

PÜTTER. *de praeventione cap. 2. §. 11.*

mithin nicht abzusehen stehet, aus welchem Grunde das iudicium a quo auf eine Gesammtiurisdiction zwar erkennen, doch aber zugleich appellati Verfahren billigen, und ihm unter jenem Nahmen effective eine iurisdictionem in solidum et concurrentem zusprechen mögen; hiernächst aber und

17 9) Appellat mit der Präscription sich noch weniger schützen kann, da, wann man auch contra privatum bey der Jurisdiction eben wie bey andern iuribus und servitutibus die praescriptionem ordinariam longi temporis zulassen,

A LEYSER. *Spec. 441. Med. 6.*

und nicht auf der praescriptione immemoriali, welche doch hier in Hessen nach dem bisherigen usu fori in servitutibus discontinuis erfordert wird, bestehen wollte, dennoch de possessione vel quasi 10 annorum gar nicht einmal constiret, und das catastrum von actibus possessoriis nicht

18 einen einzigen in sich begreift, folglich pro tali instrumento quo alias possessio probatur,

A LEYSER *Spec. 453. M. 1. 2.*

nicht zu halten; das S. ische Attestat ebenfals keine actus possessorios, worauf es hier ankommt,

L. 48. D. de A. vel A. P.

L. 12. C. de probat.

A LEYSER. *l. c.*

anweiset; und die angeführte beyde vermeyntliche praeiudicia, ohne was sonst schon vorhin darwider erinnert worden, der eigentlichen Zeit nach unbekannt sind; überdas

10) die Präscription um so schwehrer zu beweisen seyn dürfte, da, wann auch Appellanten ihren Proceß in causis voluntariae iurisdictionis cum expensis verlohren hätten, dennoch hiervon auf causas contentiosae iurisdictionis nicht zu schliesen, noch zu glauben seyn würde, daß appellantes darunter nachgegeben haben sollten;

11) dem Appellaten auch nicht zu statten kommen mag, wenn Nieder W. soviel die Contribution betrifft, heutiges Tages zum Gericht L. gerechnet wird, da er zugleich eingestehen muß, daß besagte Dorfschaft auf dem Gericht zu Ober W. erscheine, mithin eo ipso zum Gericht R. gehöre; bey sogestalten Dingen aber

12) da Appellat geständiger massen sich an die appellantische Protestation nicht gekehret, sondern de facto fortfahren wollen, den Appellanten keinesweges zu verdenken gestanden, daß sie ebenfalls de facto sich zu widersetzen nöthig gefunden: so concludiret Referens ohnmasgebig dahin, daß auf die angestellte Spolienklage, so, wie in sententia a qua geschehen, definitivo nicht zu erkennen, vielweniger der appellantische Schultheis in die Unkosten zu condemniren gestanden; sondern Appellat vor allen Dingen den Grund der Klage, mithin nicht nur die possessionem et improbam ideo deiectionem, sondern auch was er pro iustitia possessionis angeführt hat, und in das petitorium einschlägt, erweisen und beybringen

vid.

Digitized by Google

vid. a WERNHER. *T. 1. P. 4. Obſ. 166. et 182.*

müſſe, um ſowohl darüber, als was appellantes dargegen aus den alten Vergleichen vorbringen, in petitorio zu erkennen zu mögen. Si enim poſſeſſorium et petitorium (in 19
actione ſpolii) cumulat actor, admittere quoque debet exceptiones, quae petitorium reſpiciunt.

BOEHMER. *I. E. P. Tom. 1. L. 2. tit. 13. §. 5. n. 4.*

Es dürfte demnach vorjetzo in der Sache zu interloquiren ſeyn ꝛc.

SENTENTIA DEFINITIVA.

In Sachen des Erbſchenken und Baumeiſters Nahmens ſämtlicher Ganerben S. zu S., wider den Procuratorem fiſci Nahmens des herrſchaftlichen Beamten zu F., die vom Appellaten prätendirte Mitgerichtbarkeit in cauſſis civilibus zu Nieder W., und desfalls wider den appellantiſchen Schultheiſen M. zu R. angeſtellten Spolienklage betreffend, wird auf das verhandelte und erfolgten Schluß hiermit zu Recht erkannt:

daß appellantes von der wider ſie angeſtellten ungegründeten Klage zu abſolviren; dahingegen einem zeitigen herrſchaftlichen Schulzen zu F. dergleichen fernerweite Beinträchtigung der den Appellanten nach klarem Innhalt der Verträge zuſtändigen Gerichtbarkeit bey Vermeidung nachdrücklicher Beſtrafung auch Erſtattung Schadens und Koſten ernſtlich zu unterſagen, und ſolchergeſtalt die bey der Regierung zu M. am 1ten Decembr. 1764. eröffnete ſententia a qua zu reformiren ſey. Als F. O. A. Gericht zu Recht erkennet, abſolviret, unterſagt, und reformiret, auch die Unkoſten dieſer und voriger Inſtanz aus bewegenden Urſachen compenſiret. V. R. W.

Publicata die 2. Sept. 1767.

CONCLVSIO RELATIONIS.

Appellat hat den Grund der Klage, wie ihm vermöge Vorbeſcheids zu thun obgelegen, nicht erwieſen, ja den Beweis nicht einmal angetretten, und Procurator Fiſci führet ſelbſt an, daß er ſothanen Beweis in dieſer vom Beamten ohne Theilnehmung des officii Fiſci angefangenen Sache nicht beybringen könne. Es iſt alſo kein Zweifel, daß Appellat mit ſeiner angeſtellten Klage lediglich abzuweiſen, oder vielmehr appellantes davon zu abſolviren, und der Beſcheid a quo vom 1ten Dec. 1764. zu reformiren ſeyn dürfte, jedoch compenſatis expenſis, weil Appellat die ſententiam a qua vor ſich hat.

Hiernächſt und was das den Appellanten beſchehene iniunctum betrifft, haben dieſelbe die alten Verträge nicht in originali, ſondern nur copiam copiae vidimatae produciret; indeſſen aber wendet Procurator fiſci gegen deren Glaubwürdigkeit nichts ein. Der Innhalt des Vertrags d. d. Marburg den 6ten Aug. 1570. iſt, ſoviel dermahlen hieher gehört, folgender:

und erſtlich, demnach unſerm gnädigſten Fürſten und Herrn die Landesfürſtliche Hoch- und Obrigkeit, desgleichen Volge, Reichs- und Landſteuer, auch Heerwagen, ohnmittel allein

zuständig, die Schenken und Vögt zu Frohnhausen auch dessen nit in Abrede seyn mögen; aber gleichwohl der peinlichen Gerichtbarkeit halber Streit und Irrungen vorgefallen: so ist abgeredt und bewilliget, daß die peinliche Gerichtbarkeit in Capital und Malefitzsachen, so um Leib und Leben anzuklagen und zu strafen seyn möchten, und sich im Reitzberg zutragen, auch was demselben anhangt, hochgedachtem unserm gnädigsten Fürsten und Herrn und seiner Hochfürstlichen Gnaden Nachkommen und Erben allein gelassen werden und bleiben; die Schenken aber und Vögt sich dessen alles mit nichten anzumasen, oder zu unterziehen haben sollen; in bürgerlichen Sachen soll unserm gnädigsten Fürsten und Herrn den Angriff, in seiner Fürstlichen Gnaden selbst eigen und nicht derselben Unterthanen Privatsachen, so dick es die Nothdurft erfordert, ohne der Schenken und Vögt Zuthun, vornehmen zu lassen, unbenommen seyn.

Hiergegen aber soll in allen andern bürgerlichen Sachen, nichts zumal ausgescheiden, was bürgerlich ist, und sich deren im Reitzberg jederzeit inskünftig zutragen möchten, dem Schenken zu Schweinsberg, und Vögten zu Frohnhausen als Gerichtsjunkern alle andere Obrigkeit, Angriff, Gebott und Verbott in allen andern Sachen, die der Landsfürstlichen hohen und peinlichen Obrigkeit nicht anhangen, und unsers gnädigsten Fürsten und Herren eigene Sachen nit belangen, gelassen werden, doch daß die Busen darnechst gerichtlich erkannt, die Unterthanen mit unziemlichen Gefängnissen nicht beschwehret, und uf ihr jederzeit erbiethen, es sey gleich vor oder nach der Gefängniß uf Bürgschaft und gebührende Caution der Haften erlassen werden.

Ferner, zum dritten die Vorgebott, Gebott, Verbott und Dienst anlangend; sollen Hochgedachten unserm gnädigsten Fürsten und Herren die Vorgebott fürbehalten seyn und bleiben, doch daß sich Seiner Fürstl. Gnaden Beamten derselben, zu Verhinderung der gewöhnlichen Gerichten, fürsetzlichen nicht mißbrauchen, oder einige Gefährde hierinnen suchen; ingleichen sollen Seiner Fürstlichen Gnaden in ihren selbst eigenen Sachen zu Nieder-Walgern, Gosselberg und Cirlarsweymar, beyde uf derselben und der Schenkischen Leuthen allein und sonsten in allen andern Dörfern im ganzen Reitzberg weiters nicht, dann uf ihrer Fürstlichen Gnaden angehörigen Leibseigenen, Wildfangen und unehelichen erzeugten Leuthen, Gebott, Verbott und die Dienste behalten, doch den Schenken und Vögten an ihrer gerichtlichen Obrigkeit, Gebotten, und Verbotten, als Gerichtsjunkern, wie obgemeldt, unabbrüchlich und unverhinderlich; darbeneben sollen die Schenken und Vögte im ganzen Reitzberg uf allen Inwohnern die Dienst, Gebott und Verbott in gebührlichen und gerechtlichen Sachen, auch die Strafen und Busen, so in solchen und dergleichen Fällen ausserhalb hochermeldter Landesfürstlichen hoher und peinlicher Obrigkeit, wie obgemelt, in Holz und Felde, Wasser und Weyde, auch uf den Strafen verwürkt, und gerichtlich erkannt werden, so fern sie nicht peinlich und leibstrafig, allein haben und behalten; doch dieweil die Schmehe- und Injurisachen, so sich jederzeit im Reitzberg zugetragen, von alters und bis daher am Niederweymarischen Gericht gehandelt und erörtert worden,

sollen

sollen dieselbigen auch hinfortters des Orts gelassen, und an solchen Gericht durch den ordentlichen Weg Rechtens gerüget, ausgeführet, entschieden, und durch die Fürsten von Hessen gestraft werden, doch wo Schlägereyen oder dergleichen rügbare Frevel aus den Injurien entstehen werden, soll solches gleich andern bürgerlichen Verwürkungen, den Gerichtsherrn vertheidiget werden.

Zum 4ten Ehesachen und Ehebruch, uneheliche Beylager und Hurerey betreffend, sollen dieselbige am Gericht zu Niederweymar gerüget, und folgends allhier zu Marburg uf Fürstl. Canzley gerichtlich verhandelt und ausgeführet werden.

Da aber Schlägerey oder andere bürgerliche Frevel aus solchem entstünden, das soll für sich, wie oben bey den iniuriis gemeldt, und deshalben mit Recht erkanndt, bey Schenken bleiben.

Dieses alles wird hernach durch den Vertrag d. d. Marburg den 1ten Merz 1577. folgendermassen erkläret.

Und erstlichen, so viel die Schmähworte und Verbalinjurien, so sich im Reitzberg zutragen, davon oberwehnte Klagpuncten zuförderst Meldung gethan, anlangen thut, dieselbe sollen an unsers genedigen Fürsten und Herrn Gericht zu Niederweymar, immassen dasselbe, im obberührtem Vertrag 111. §. doch dieweil die Schmehe ꝛc. clerlichen disponiret, und auch Herkommen ist, wie bis daheran gerüget, und von s. F. G. Beamten gestraft; aber wenn Schlegerey oder andere rugbare Fälle aus den Verbalinjurien entstehen würden, sollen dieselben von den Schenken und Vögten laut berührtes Vertrags vertheidiget werden. Desgleichen wann einer im Reitzberg seinem Nechsten fluchen und den Nahmen Gottes dazu mißbrauchen würde, den sollen Schenke und Vögte zu Frohnhausen darum bürgerlichen zu strafen haben, aber die Gotteslästerer und Gottschwehrer, so vermöge gemeiner Rechten und des 106ten Articuls in der Kayserlichen und des heiligen Reichshalsgerichtsordnung peinlich zu strafen seindt, sollen von hochgedachtem unserm genedigem Fürsten und Herren, als welchem die hohe peinliche Obrigkeit im Reitzberge zustehet, in gebührende Strafe gezogen werden.

Die gemeine oder schlechte Steinwürfe und Blutrunst im Reitzberg sollen von den Schenken und Vögdten gestraft, die Theter auch, wenn keiner tödlich verwundet, von ihnen angegriffen, und in bürgerliche Gefängnus eingezogen, aber wenn einer mit einem Steinwurf oder Waffen tödlich verwundet, oder die Blutrunst tödlich seyn würde, so sollen die Theter alsdann in hochgedachtes unsers genedigen Fürsten und Herren Hafften eingezogen, und wenn die Beschedigte sterben, alsdenn von S. F. G. peinlich verfolget, aber wann die Beschedigte wieder aufkommen, sollen die Theter von den Schenken und Vögten bürgerlich gestraft werden.

Wenn einer falsche Maas und Gewichte gefehrlicher und böslicher Weise im Reitzberg gebrauchen und ausgeben würde, der ist vermöge angezogener Halsgerichtsordnung im 113. Articul peinlich zu strafen, und derohalben so gebühret Hochgedachtem unserm genedigen Fürsten und Herren in solchem Fall die Strafe; wenn aber einer von wegen falschen Maas

und

und Gewicht allein bürgerlich und nicht peinlich anzuklagen wehre, ſo bleibt alsdann den Schenken und Vögten die Strafe.

Die Gerichte im Reitzberg ſollen durch unſers genedigen Fürſten und Herren Beamten gefehrlichen, wie gleichwohl auch bis dahero nicht geſchehen, nicht gehindert, auch wenn dieſelben angeſetzet, die Unterthanen gefehrlichen davon nicht abgezogen werden, und damit keine bürgerliche Sachen aus dem Reitzberg in S. F. G. Canzley, noch auch von S. F. G. Beamten den nächſten gezogen, ſondern die Partheyen zuforderſt durch die Schenken und Vögte oder ihre Diener verhört werden mögen, ſo ſollen die Schenken und Vögte ein Verzeichnus der Dörfer im Reitzberg gehörig in die Canzley überliefern, damit man ſich in vorſtehenden Fällen jederzeit darnach richten möge; doch ſollen die Schenken und Vögte männiglich zu ſeinem Recht der Gebühr verhelfen; würden die aber daſſelbe nicht thun, ſo mag alsdann um gebührliche Hülfe in der Canzley angeſucht werden.

Es erſcheinet alſo hieraus, daß in caſu ſubſtrato das petitorium ganz liquid iſt, und daher dem herrſchaftlichen Schulzen zu F. alle fernere Beeinträchtigung poenaliter zu unterſagen ſeyn dürfte. Referens concludiret demnach ꝛc.

DECISIO CLXXIX.

ARGUMENTUM GENERALE:
TRANSACTIO PROPTER LAESIONEM VLTRA DIMIDIVM RESCINDI NEQVIT.

SUMMARIA.

Transactio non valet, ſi conditiones eius non impletae ſunt n. 1.
Heres remedio ex L. 2. Cod. de reſc. vend. *utitur. n. 2.*
Transactionis reſciſſio propter laeſionem enormiſſimam a Doctoribus vulgo conceditur; n. 3.
Vt et propter errorem n. 4. vid. tamen n. 5. et 6.
Nequidem transactio ob laeſionem enormiſſimam ſimpliciter reſcindi poteſt. n. 7.
Multo minus ergo ob ſolam laeſionem ultra dimidium. n. 8.
Remedium ex L. 2. alleg. nec non actio in factum 30. annorum lapſu tollitur. n. 9.
Conſequenter hoc tempore praeterlapſo transactio, in ſe invalida, convaleſcit. n. 10.
Actio, quae vivente anteceſſore iam exſpiravit, non poteſt transire in ſucceſſorem. n. 11.

SEN-

Digitized by Google

SENTENTIA.

In Sachen Johann Henrich Bergholz zum Höfen, wider Carl Henrich Werner daselbst; die Aufwerfung und Erhaltung des um beyder Ländereyen gehenden Grabens, und Walles betreffend; wird auf das verhandelte, und erfolgten Schluß zu Recht erkannt:

daß der Amtsbescheid vom 24sten April 1761. samt denen hierauf von der Regierung zu Rinteln unterm 6. October e. a. ergangenen remissorialibus a quibus zu confirmiren. Als F. O. A. Gericht erkennet, und confirmiret, die Kosten dieser Instanz aber aus bewegenden Ursachen vergleicht V. R. W.

Publicata die 8. Iun. 1763.

FACTVM.

Die Partheyen, der Appellant B., und Appellat W., haben sich im Jahr 1750. wegen ihrer Güter, die vormals eine Stätte ausgemacht, gerichtlich verglichen, selbige unter sich vertheilet und ausgemacht, daß jeder den um sein Antheil gehenden Wall und Graben in Bau- und Besserung erhalten solle. Hierbey blieb es bis anno 1760., da sich der Appellant beschwehret, daß obgleich die Güter gleich getheilt worden, er doch ein gröseres Stück an dem Wall und Graben zu repariren habe. Das Amt zur U. aber erkannte am 24sten April 1761.:

daß so wie es bey der gemachten Vertheilung ihrer Höfe und Güter überhaupt, es also auch bey der Vertheilung der Wälle und Gräben, und derselben unter sie angewiesenen Befriedigung lediglich zu lassen, mithin Beklagter einen gröstern Theil des Walles um ihr Feldland zu machen und zu erhalten, als er bisher gethan, nicht schuldig, vielmehr Kläger mit seinem desfalls gethanen Suchen abzuweisen, und in die Kosten zu verurtheilen sey.

Hiervon appellirte Kläger an die Regierung zu R. und von denen daselbst ergangenen remissorialibus weiter an dieses Gericht.

VOTVM.

Es ist ausgemacht, und Appellant giebt bey dieser Instanz in seinem libello gravaminum selbsten an, die Stelle sey zu gleichen Theilen getheilet, und dabey schriftlich verglichen worden, daß ein jeder ihrer Voreltern und Besitzer derselben das Seinige zur Hälfte, mit Aufwurf und Graben, als der Orten fast durchgehends gebräuchlich und üblich, auch höchstnöthig, versehen und bewahren sollte; mithin gestehet derselbe den gerichtlich geschlossenen Transact zu, und vermag solchen anderst nicht anzufechten, und den Appellaten iudicialiter zu belangen, als sub praetextu laesionis ex *L. 2. C. de rescind. vendit.* dannenhero vor itzt zu untersuchen seyn wird:

Ob hiernach Appellant befugt seye, den Beytrag zu Unterhaltung seines Grabens und Walles, in so weit im Theilungsreceß deshalb die Gleichheit nicht beobachtet wäre, nunmehro noch von dem Appellaten zu fordern?

RATIONES DVBITANDI.

Ob nun zwar

1) besage protocoli vom 7ten Julii 1760. bey eingenommenem Augenschein, und nach beyderseitiger Angabe Appellant einen weit gröseren Theil zu befriedigen haben soll, als Appellat;

1 vermöge des Vergleichs aber eine genaue Gleichheit hätte beobachtet werden müſſen; folglich, da der Contrahenten Intention nicht erfüllt wäre, ſie den Vergleich zu halten nicht gebunden ſeyn dürften,

de LVDOLF. *Obſ. for. 41. n. 3.*

2 welches auch auf die Nachfolger gehet, nam heres ſuccedit in omnia defuncti iura active et paſſive, tamquam una cum eodem perſona, et quomodo aliis actionibus ſic etiam remedio ex *L. 2. C. de reſcind. vend.* iuſte utitur;

MEV. *P. 2. Dec. 147.*

3 2) die Doctores der Meynung ſind, daß ex capite enormiſſimae laeſionis ein gerichtlicher Transact reſcindirt werden könne;

KLOCK *Tom. 2. Conſ. 57. quaeſt. 2.*

COTHMANN *Vol. 2. Reſp. 28. n. 206.*

BERGER. *in oecon. iur. Lib. 4. Tit. 34. §. 5.*

HARPRECHT. *Vol. 2. Conſ. Tub. 30. n. 319. et in Reſp. 83. n. 318. ſeqq.*

4 mithin Appellans wenigſtens zu dieſem Beweis zu zu laſſen ſeyn möchte; wie dann auch eine transactio ex errore et dolo inita reſcindirt werden kann;

RICHTER *Vol. 1. Conſ. 44.*

HARPR. *V. 3. Conſ. Tub. 84. n. 301. ſeqq. et 339. ſeqq.*

wogegen

3) nach dem von Appellanten behaupteten Satz, daß weilen de initio et vera qualitate rei conſtire, keine Poſſeßion ſchaden könne, die ex adverſo opponirte Präſcription noch Widerſpruch finden dürfte; da die Ungleichheit in die Augen leuchten ſoll, und alſo des Appellaten Vorfahren nicht unwiſſend geweſen ſeyn kann, folglich ſie bishero in mala fide geweſen ſeyn würden.

BRVNNEM. *ad L. 2. C. de reſcind. vend. n. 15.*

RATIONES DECIDENDI.

Dennoch aber und dieweilen

ad 1) an einer Ungleichheit es noch bey weitem fehlt; maſſen Appellat an der andern Seite des Buſches auch einen gröſern Theil des Grabens und Walles im Stande erhalten ſoll, und die Läſion nicht einmal zu präſumiren ſtehet; da nach der Sachen nothdürftigen Unterſuchung mit beyder Theilen Bewilligung die Vertheil- und Erhaltung der Ländereyen im Wall und Graben, ſo

5 wie bishero geſchehen, verglichen iſt; transactiones autem bona fide initae et perfectae ſub praetextu erroris aut alius impedimenti leviusculi non ſunt reſcindendae;

LYNCKER. *Deciſ. 389. et 433.*

um ſo weniger, da Otto L. des Appellanten Vorfahr die Wahl gehabt, einen Theil welchen er gewollt anzunehmen; dannenhero nicht glaublich iſt, daß er den mit gröſeren Laſten und anzuwendenden Koſten beſchwehrten Theil vorzüglich, wo er nicht einen andern Vortheil dabey abgeſehen,

6 erwählt haben würde, und wann er ohne Abſichten das ſchlechteſte erwählet, ſich ſolches ſelbſt zu imputiren hat, und das beneficium *Legis 2. C. de reſcind. vendit.* ceßiret;

BER-

BERGER. *Oec. iur. Lib. 3. tit. 5. th. 18. not. 4.*

zum allerwenigſten hieraus

ad 2) mit Recht für feſt geſetzt werden muß, daß eine laeſio enormiſſima nicht vorhanden ſeyn kann, welche ohne dem nicht ſo ſchlechterdings zur Reſciſion für anreichend angenommen wird, 7
ſondern nur in dem Falle, ubi male et incongrue transactum eſſe apparet;

MEV. *P. 4. Dec. 30.*

ein Transact aber, ja nicht einmal ein ſolcher, der iudiciali confirmatione nicht corroboriret iſt, 8
propter ſolam laeſionem ultra dimidium, wann kein dolus, qui non ex quantitate damni ſed ex qualitate facti illiciti aeſtimatur, dabey verſiret, welcher ſo wenig als ein error in praeſenti einſchlägt, keineswegs reſcindirt werden mag; ſondern ein ſolches contra expreſſam diſpoſitionem iuris

in *L. 78. §. ult. D. ad Sc. Trebell.*

angehen würde, worinnen die meiſten und bewährteſten Juriſten beypflichten;

BOEHMER. *T. 2. P. 3. Reſp. 633. n. 10. ſeqq.*

PVFENDORFF. *in Obſ. for. T. 1. Obſ. 143.*

überhaupt da

ad 3) vom Vergleich an bis dieſe Stunde, mithin an die 200 Jahr die Sache in einerley Verhältniß ohne den geringſten Streit oder Einrede, obſchon in anno 1740. und alſo vor kurzem die Waldung annoch vertheilet worden, gleichwohlen geblieben, und die nun in Frage gekommene Ungleichheit nicht movirt worden iſt, der Appellant nunmehro billig von aller Anſprache frey zu ſprechen ſeyn wird; ſintemalen aus jenem Stillſchweigen ſoviel folgt, daß des Appellanten Vorfahren mit dem Vergleich zufrieden geweſen ſind, und Appellat daher, welcher deren facta praeſtiren muß, hiervon nicht abweichen kann; ſondern ihm die praeſcriptio 30 annorum obſtiret, welche ſowohl des remedium L. 2. C. de reſcind. vendit. als auch die actionem in factum extinguiret; 9

BRVNNEM. *ad L. 2. C. de reſcind. vend. n. 15.*

WERNH. *T. 1. P. 10. Obſ. 287. in fin.*

conſequenter ex lapſu 30 annorum ein an ſich nichtiger Transact gültig wird,

HARPR. *Vol. 2. Conſ. Tub. 30. n. 428.* 10

et ubi exſpiravit actio vivente anteceſſore, illa non poteſt transire in ſucceſſorem. 11

MEV. *P. 2. D. 147. n. 6.*

Referens iſt dieſem allem nach, mit Uebergehung des appellantiſchen leeren Vorwands, daß ein Beſitzer eines hufzähligen Pertinenzſtücks die dazu gehörige Gerechtſame wieder herbey zu bringen verpflichtet ſey, als welches ſich hierher gar nicht reimet, der unvorgreiflichen Meynung:

daß Appellant keinen Beytrag zu fordern berechtiget, ſondern in allem es auf den alten Fuß zu laſſen, zugleich auch daß Appellant wegen dieſer frivolen Appellation, und da er nicht den mindeſten Schein einer probabilis litigandi cauſae für ſich hat, in expenſas zu condemniren ſey.

DECISIO CLXXX.

ARGUMENTUM GENERALE:
QVID IVRIS SIT TRANSACTIONE PER LEGEM COMMISSORIAM ANNVLLATA?

SUMMARIA.

Reſciſſa tranſactione, prior actio reſtituitur; n. 1.
Modo reſciſſio fiat per reſtitutionem in integrum, non ſi propter legem commiſſoriam. n. 2.
Emtione ob commiſſoriam legem reſoluta, emtor arrham, et partem pretii ſoluti perdit. n. 3.
Quae regula iuſta eſt. n. 4.
Quod in emtione autem obtinet, ad alia negotia recte adplicatur. n. 5.
Si ergo tranſactio per legem commiſſoriam reſolvitur, nihil penes eum reſidere oportit, qui fidem feſellit. n. 6.
Ideoque ſi in tranſactione dominio ſuo renunciavit, id ipſi non renaſcitur. n. 7.

SENTENTIA.

In Sachen des Bürgers und Brauers Johann Joſt Fähr, und deſſen Ehefrauen allhier; wider den Advocatum und Procuratorem ordinarium Sebaſtian Fiſcher hierſelbſt; in pcto nachbarlicher Gebrechen: wird die von Procurator G. gebetene venia replicandi als unnöthig und ſachverzögerlich abgeſchlagen, ſondern die Sache von amtswegen für beſchloſſen angenommen, und auf das verhandelte zu Recht erkannt:

daß der unterm 4ten Decemb. 1764. eröffnete Stadtgerichtsbeſcheid ſamt den Regierungsremiſſorialibus a quibus vom 3ten Febr. 1766. zu confirmiren ſeyen. Als F. O. A. Gericht zu Recht erkennet, Appellantes auch in die weiter aufgelaufene Gerichtskoſten dieſer Inſtanz condemniret V. R. W.

Publicata die 27. Maii 1767.

FACTVM.

Der jetzigen beiden litigirenden Partheyen anteceſſores haben ſchon vor vielen Jahren über den auch jetzt im Streit befangenen Winkel im Proceß gelegen, und ſich endlich unterm 15ten Oct. 1706. dahin gerichtlich verglichen:

daß Beklagter, (von dem der jetzige Appellant das Haus quaeſtionis erkauft) auf das Eigenthum des Winkels renunciiret, und die ausgehängte Latrin anderſt nicht, dann nur iure ſervitutis zu brauchen, auch weiter keine dahin zu hängen verſprochen; in caſu contraventio-

ventionis aber der Kläger (des jetzigen Appellaten Schwiegervatter) nicht an seine Conceßion gebunden seyn sollte.

Als aber dem ohnerachtet der jetzige Besitzer des Hauses, Appellant F. noch ein Privet in den Winkel hing, beschwehrte sich der Appellat, Procurator F. und erhielt einen Stadtgerichtsbescheid, worin der Beklagte sowohl das neuerlich angelegte, als das alte Privet binnen 14 Tagen wegzunehmen angewiesen, auch in die Proceßkosten condemnirt wurde.

Hiervon appellirte der Beklagte an die Regierung, und als daselbst die Appellation abgeschlagen wurde, weiter an dieses Tribunal.

VOTUM.

Der ao. 1706. getroffene Vergleich ist nicht nur in der ersten Instanz originaliter produciret worden, (fol. 35. 59. seq. act. prior.) sondern es findet sich auch das Originalprotocoll den anteactis apponiret. Da nun an der Gültigkeit dieses Vergleichs an und für sich um so weniger zu zweifeln ist, da gar nicht constiret, daß die A. ische Ehefrau oder die A. ischen Erben, wie sie ohnedem nicht befugt gewesen, solchen jemals impugniret hätten; die pacta realia auch alle successores binden, und was super servitutibus realibus sogar iudicialiter, wie hier geschehen, verglichen worden, sich alle nachfolgende Besitzer des praedii dominantis et servientis gefallen lassen müssen; die Präscription auch sehr unschicklich von dem Untergerichtsadvocaten E. angeführet wird, da Appellaten kurz ante litem motam zuerst den Vergleich gebrochen und das zweyte Privete eingehängt haben: so ist auch die Appellation insoweit durchgehends ungegründet. Nur aber entstehet dabey die einer näheren Untersuchung bedürfende Frage:

Ob wann der Vergleich vi clausulae legis commissoriae durch die begangene Contraventien annulirt werde, dieses nicht den Effect haben müsse, daß alles wieder in den Stand komme, wie es ao. 1706. gewesen, folglich über das dominium des Winkels Beweis geführet, und darauf W. R. erkannt werden müsse?

Ob nun zwar dieses dem ersten Anblick nach daraus zu folgen scheinet, weil es natürlich ist, daß wann ein Vergleich oder anderer Contract aufgehoben wird, alles wieder in den Stand gesetzt werden muß, wie es vorher gewesen; rescissa enim transactione reditur ad priorem actionem, quae restituitur. 1

L. 1. 2. C. si adverf. transact.
L. 96. §. 1. D. de solut.
MEV. *P. 1. Decis. 126. n. 2.*

Nachdem aber doch

1) dieses sich nur von dem Fall verstehet, wann die restitutio in integrum erkannt, oder partium consensu von dem getroffenen Vergleich wieder abgegangen; keinesweges aber wann solcher vi adiectae legis commissoriae annullirt wird; allermassen 2

2) emtione ob legem commissoriam resoluta, der emtor sowohl die arrham als partem pretii soluti verliehret, 3

L. 6. pr. iunct. *L. 4. §. 1. D. de lege commiss.*

Digitized by Google

LAVTERBACH. *Coll. theor. pr. L. 18. Tit. 3. §. 14.*

4 welche Regel pro iuſta non tantum,

SCHILTER. *Ex. ad pand. 30. §. 54.*

ſed nec pro dura zu halten;

a LEYSER. *Spec. 197. in fin coroll. 4.*

5 3) was in emtione venditione bey dem lege commiſſoria Rechtens iſt, auch bey allen anderen negotiis ſtatt findet, denen bekanntlich der lex commiſſoria ohne Unterſcheid excepto pignore adjicirt werden kann;

a LEYSER. *ibid. coroll. 1.*

und daher in ſpecie auch bey der Transaction dasjenige ſeine Anwendung finden muß, was die 6 Rechte von der poena legis commiſſoriae überhaupt verordnen, quod nimirum non modo nihil penes eum reſidere oporteat, ex re in qua fidem feſellit;

L. 5. D. de lege commiſſ.

ſed etiam nihil recuperare debeat ex dato;

SCHILTER. *l. cit.*

4) in caſu ſubſtrato auch überaus hart ſeyn würde, wann Appellat nunmehro noch einen 7 Beweis übernehmen ſollte, den er jetzo ohnmöglich mehr zu führen im Stande iſt, den aber vor 50 Jahren ſein Schwiegervater leicht führen konnte, und blos um deswegen nicht geführet hat, weil ſein Gegner gegen die ſub lege commiſſoria zugeſtandene Servitut ein Privet in dem Winkel zu haben, ſich ſeines prätendirten condominii begeben hatte; endlich auch

5) Appellantes hierauf eigentlich ihr gravamen nicht fundiren: ſo dürfte Referentis ohnzielſetzlichen Dafürhaltens obige Frage zu negiren ſeyn, und weilen im übrigen die Appellation offenbar ungegründet iſt: ſo dürften auch Appellanten in die weitere Unkoſten zu condemniren ſeyn, darnenhero ꝛc.

DECISIO CLXXXI.

ARGUMENTUM GENERALE:

CENSITA, QVI NVLLOS FRVCTVS PERCIPERE POTVIT, NEC DOMINO QVIDQVAM PRAESTAT.

DECRETVM.

In Sachen des Obriſtlieutenants von der M., wider die Gemeinde Oberliſtingen: werden die von Procurator S. gebetene Appellationsproceſſus abgeſchlagen. Datum die 29. April. 1767.

FAC-

Digitized by Google

FACTUM.

Als die Gemeinde Oberl. bey hieſiger Regierung zu Anfang dieſes Jahrs beſchwehrend vorgeſtellt, daß der M. iſche Iuſtitiarius die von den Kriegsjahren dem Obriſtlieutenant von der M. ſchuldige Zinß- und Heuerfrüchte auf einmal mittelſt Verkaufung ihres unentbehrlichen Zugviehes beytreiben wollte, ohne ſie mit dem offerirten Beweis der erlittenen Totalfouragirung zu hören, und die Regierung hierauf dem Amtſchultheiß H. zu G. dieſe Vorſtellung zur rechtlichen Verfügung zuſchickte, dieſer auch darauf dem Obriſtlieutenant von M. ſothane Commißion mit dem Anfügen eröffnete, daß er entweder den Cenſiten, wie von andern auch geſchehen, einen zweyjährigen Erlaß gutwillig angedeihen, oder ſich nicht befremden laſſen möchte, wann er die Gemeinde zuforderſt mit dem Beweis, daß ſie in den Jahren 1760. 1761. und 1762. total fouragiret worden, hören müßte, bis dahin aber die Siſtirung der Execution von ihm begehrte: ſo appellirte beſagter von M. an die gedachte Regierung, und als dieſe unterm 24ſten Jan. a. c. erkannte:

> daß zwar die Appellation abgeſchlagen, der Commiſſarius aber angewieſen würde, den Appellanten mit ſeiner Nothdurft vorerſt zu hören, ſolchemnächſt aber nach der Vorſchrift des §. 7. der Remißionsordnung de ao. 1759. allenthalben zu verfügen,

weiter an dieſes Tribunal, und fundirte ſich theils auf die vorhin bey der Regierung allegirte reſcripta de ao. 1765. und 1766. vermöge deren die Cenſiten nebſt dem alten Rückſtand einen neuen Zins abzutragen ſchuldig, theils aber auch in dem jüngſthin unterm 25ſten Febr. in cauſa von Boyneburg c. Reifurtiſche Kinder *) bey dieſem Gericht ertheilten Decret, als vermöge deſſen ausgemacht wäre, daß denen von Adel. in caſu notorio zuſtehe, ihre Hinterſaſſen zu ihrer Schuldigkeit anzuhalten; petendo demnach die von der Regierung erkannte Commißion aufzuheben und der erkannten Execution den Lauf zu laſſen.

RATIONES DECIDENDI.

Nachdem aber

1) bey dieſem Gericht mehrmahlen, beſonders
in cauſa des Generallieutenants von Wolf contra die Gemeinde Meimbreſſen

ausgemacht worden, daß in dem Fall, wann die Pacht und Zinsleute zeigen können, daß ſie während den Kriegsjahren gar nichts geerndet, ſie auch keine Zinspächte abzutragen ſchuldig, und dann in ſubſtrato

2) die appellatiſche Gemeinde Oberliſtingen dieſes zu erweiſen ſich offeriret; hiermit auch

3) dieſelbe, ohnerachtet derer von dem Appellanten allegirten und producirten Reſcripten, ſoviel billiger gehört werden muß, da die Diſpoſition, daß ein alter Rückſtand mit einem currenten abgetragen werden ſolle, doch natürlicher Weiſe die Unterſuchung vorausſetzt, ob ein alter Rückſtand ſtatt finde oder nicht; mithin

4) da die Appellaten behaupten, daß ſie nichts in den Jahren 1760. 1761. und 1762. geerndet, auch noch nicht geſagt werden mag, daß ſie von dieſen Jahren einen Rückſtand zu zahlen ſchuldig; vielmehr

5)

*) Deciſ. Tom. III. Dec. LXXIX.

Digitized by Google

5) gleichergeſtalt hieraus folgt, daß man hier lange noch nicht in caſu notorio verſire, wobey dem Appellanten, tanquam in propria cauſa, nach dem in cauſa von Boyneburg c. Reifurtiſche Erben ergangenen Decret der executiviſche Zwang gegen ſeine Cenſiten zuſtehen ſollte; ſondern im Gegentheil

6) in dieſem Betracht die Regierung ganz recht die commiſſariſche Unterſuchung, ob und wie weit denen Appellaten nach der Verordnung de ao. 1759. ein Erlaß an den Rückſtänden zukomme, erkannt hat: ſo kann Referens hierbey kein gravamen finden, und concludiret demnach ꝛc.

DECISIO CLXXXII.

ARGUMENTUM GENERALE:

CONDVCTOR REMISSIONEM MERCEDIS PETENS VECTVRAS BELLICAS VT ALIA DAMNA SPECIFICARE, ET DE FRVCTIBVS DETRAHERE DEBET.

SUMMARIA.

Thema deciſionis defenditur et probatur. n. 1.
Conductor praeter remiſſionem mercedis reſarcitionem damni petere nequit. n. 2.

SENTENTIA.

In Sachen des K. iſchen Pachters Johann Chriſtoph St. zu Schwebda, wider den K. iſchen Mandatarium F., modo den Capitaine Wilhelm Friedrich von K. zu Wanfried; die Räumung der innehabenden Pachtung, desgleichen die von beyden Theilen geklagte, auch ſonſt ex actis erſcheinende Mißbräuche bey der bisherigen Sequeſtration betreffend: wird auf das verhandelte und erfolgten Schluß zu Recht erkannt:

daß Appellant das in Pacht habende K. iſche Gut zu S. noch zur Zeit zu räumen nicht verbunden, ſondern bey dem unterm 6ten May 1758. erneuerten Pachtcontract bis zu deſſen Endſchaft zu belaſſen, er aber demſelben in allen Stücken, jedoch dergeſtalt ſich gemäß zu verhalten ſchuldig ſey, daß er dem Appellaten aus dem Gut S. hinführo keine weitere Competenz, ingleichem dasjenige, was deſſen Mutter und Schweſtern bis dahin an Alimentationsgeldern genoſſen, weniger nicht diejenige 80 Rthlr, ſo erſterer vor die Benutzung des ihr angeblich zuſtehenden inventarii in denen bisherigen Pachtcontracten anmaslich ausgeworfen worden, nicht weiter zu verabreichen, mithin die ganze Pacht der 1050 Rthlr. nach Abzug der 60 Rthlr. Holzgelder, auch Steuern, Baureparation und anderer

anderer unumgänglicher, gleichwohl anderst nicht, als jedesmal mit commissarischem Vorwissen zu verwendenden Kosten, zu Befriedigung der Creditoren nach ihrer Ordnung, wie selbige, falls es noch nicht geschehen, nach völlig instruirtem Concursproceß forderſamſt zu classificiren sind, gerichtlich, und zwar in Niederheßischer Währung, zu deponiren; der Commissarius auch überdas die vom Appellaten sich ausbehaltene Jagd, Erbzinsen, Lehngelder, Waldungen und was dergleichen mehr ist, ebenfalls zur massa zu ziehen, und des Endes selbst administriren zu lassen, ihm Appellaten aber, bis zu Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger überall keinerley Anmassung zu gestatten, sondern demselben für sich und die Seinigen, auch Mutter und Geschwister zu ihrer Subsistenz, jedoch salvo creditorum iure, und weiter nicht, als bis auf anderweite Verordnung und Erkänntniß, ob ihnen sämtlich das beneficium competentiae ferner zu statten kommen könne oder nicht, die vom Guth zu Wannfried aufkommende Revenüen vor der Hand noch zu überlassen; dahingegen auf der andern Seite, soviel die vom Appellanten übergebene und theils abgehörte Pachtrechnungen betrifft, in Ansehung der von Appellaten darüber geführten Beschwehrden, besagter Commissarius sich nach der Ordnung vom 20. April. 1759. sträcklich zu richten; mithin und da es nicht blos darauf, was Appellant von dem Gut S. vor Kriegsfuhren verrichtet, und was er durch Lieferungen, Einquartirungen, und sonsten vor Schaden erlitten, sondern vielmehr und hauptsächlich auf die Frage ankommt, ob Appellant nicht nach Abzug alles dessen, was ihm an dergleichen Zurechnungen ordnungsmäßig zu gut kommen muß, dennoch so viel übrig behalten und genossen habe, oder genieſſen können, als das Pachtgeld ganz oder zum Theil austrägt, auch wann dieses nicht seye, sondern der Appellant in einem oder dem andern Jahr deductis deducendis gar nichts genossen haben sollte, den Rechten gemäß ist, daß derselbe sich mit der bloßen Remißion des ganzen locarii begnügen müsse, eine weitere Ersetzung aber vor Lieferungen, Fuhren und sonstige Kriegsschaden vom locatore nicht verlangen, und auf das folgende Jahr weiter nichts in Aufrechnung bringen könne, als was er solchenfalls auf das Pachtgeld selbst aus seinem Beutel vorgeschossen und bezahlt gehabt; solchemnach er Commissarius dem Appellanten die Aufstellung der des Endes von Anfang des Krieges bis hierhin erforderlichen, und in sothaner gehörigen Form bis jetzo annoch ermanglenden Rechnungen sub praeiudicio, daß widrigenfalls das ganze locarium von jedem Jahr ihm zur Last bleiben solle, binnen einer darzu zu bestimmenden peremtorischen Frist, aufzugeben, sodann solche insgesammt, und nicht, wie bisher geschehen, einzeln oder stückweise, dem Appellaten sowohl, als wen die creditores zu dem Ende zu bestellen gut finden möchten, ad monendum zu communiciren, hierauf die Rechnungen nach Rechnungsstilo abzuhören, und den völligen Abschluß darnach zu machen; inmittelst aber auch provisionaliter davor zu sorgen, daß Appellant nach Verlauf des jetzigen Pachtjahrs die Pachtgelder mit Aussetzung desjenigen, was er etwa von vorigen Jahren entweder überzahlt, oder noch nachzuzahlen haben möchte, gehörig ad depositum liefere, und ihn nöthigenfalls mediante executione darzu ohnnachsichtlich anzustrengen habe; immassen F. O. A. Gericht so, wie

vorſtehet, zu Recht und ſchuldig erkennet, anweiſet und verordnet; mithin den unterm 15ten Febr. 1762. eröffneten Commiſſionsbeſcheid, ſamt denen am 23ſten Aug. d. a. darauf erfolgten Regierungsremiſſorialibus a quibus ſolchergeſtalt reformiret, die Unkoſten aber gegen einander compenſiret. V. R. W. Dann wird der Regierung zugleich hiermit aufgegeben, da ſich ex actis ergiebt, daß des verſtorbenen debitoris communis von K. Ehefrau, gebohrne von H. diejenige 1200 Rthlr. Ehegelder, womit ſie in dem Commiſſionsbeſcheid vom 18ten Aug. 1729. loco quinto collociret worden, zu ſeiner Zeit theils ſelbſt erhoben, und den Reſt dem Juden Simon Michael cedirt habe, an deſſen creditores den Commercienrath M. et conſ. ſolcher auch nachgehends wirklich ausbezahlt worden; gleichwohl aber Appellat in dem ao. 1758. geſchloſſenen Pachtcontract §. 6. ſolche 1200 Rthlr. annoch für unbezahlt ausgegeben, und dem Appellanten ſogar zur Sicherheit gegen ſeine Cautionsgelder mit einzuſetzen ſich angemaſſet, den Commiſſarium Amtsvogt K. anzuweiſen, daß er beyde Theile ſowohl als die creditores darüber vernehme, und darunter dem Befinden nach was Rechtens verfüge.

Publicata die 5. Octobr. 1763.

FACTVM.

Gegen den auf dem K. iſchen, im Concurs liegenden und ſequeſtrirten Gut zu S. befindlichen Pachter St. iſt ad inſtantiam des von K. von dem zu dieſer Sache verordneten Commiſſario am 15ten Febr. 1762. ein Beſcheid des Inhalts ertheilt worden:

daß Impetrant gegen Zurückerhaltung ſeines gethanen Vorſchuſſes, und der weiter liquido zu fordern habenden Poſten ſchuldig und gehalten, das adelich K. iſche Gut in S. den 22ſten März a. c. bey Vermeidung ohnbeliebigen Verfahrens zu räumen, und an Impetranten gegen Leiſtung hinlänglicher Caution, oder an ein ſubiectum, welches derſelbe ſubſtituiret, und die in der Klage zum Beſten der creditorum offerirte Puncte in allem erfüllet, und wobey ſelbige desfalls geſichert, abzutretten, compenſatis expenſis.

Hiervon appellirte der Pachter St. an die hieſige Regierung, welche am 23ſten Aug. remiſſoriales dahin ertheilte:

daß es zwar bey dem Beſcheid a quo ſein Verbleiben habe; Appellat aber ratione illiquidi dem Appellanten anreichige Caution zu leiſten ſchuldig ſey; der Commiſſarius auch bey Errichtung eines anderweiten Pachtcontracts vor allen Dingen auf die Sicherheit und das Beſte der creditorum genaue Obacht haben ſolle.

Von dieſen remiſſorialibus hat der Pachter St. weiter anhero appelliret, und ihn nicht nur nebſt Erſetzung aller Koſten bey der Pachtung bis nach Ablauf der 9 Jahre und erfolgten Abtrag ſeiner Forderung zu laſſen, ſondern auch weiter gebeten, da die des communis debitoris Mutter neuerlich nachgegebene Competenz von 200 Rthlr. und die deſſen 4 Schweſtern jährlich verordnete 200 Rthlr. Alimentationsgelder, wovon aber, da eine verſtorben, 50 Rthlr. abgingen, wider die klare Vorſchrift der Oberappellationsgerichtsdecreten angingen, und dem communi debitori ſelbſt als einem in Dienſten ſtehenden Cavalier keine Competenzgelder gebühreten; zum wenigſten aber die

bishero

bisdero genossene Nebendouceurs und erhaltene Auszahlung aller und jeder Proceßkosten ferner nicht zugestanden werden könne, daß hierin rechtliche Verfügung geschehen; allenfalls aber, wann wider Verhoffen die Competenz von 400 Rthlr. erhalten werden sollte, daß die erste Einrichtung wieder hergestellt, mithin deren Bezahlung an das Gut zu W. und die Revenüen zu F. verwiesen, hingegen die Einkünfte von dem Gut zu S. zum Besten der Creditoren verwendet werden möchten.

TRACTATIO.

Es kommt bey dieser Sache vorerst und hauptsächlich auf die Frage an:

Ob Appellant von der Pachtung vor Ablauf der Pachtjahre vertrieben werden könne?

demnächst aber wird auch über die hinc inde geklagte Mißbräuche, einerseits II.) wegen der Competenz, Alimentationsgelder, Proceßkosten und übriger darbeneben vom Appellaten reservirten Stücke und Utilien; anderseits und III.) über die übermäßige Pachtrechnungen um so mehr zu erkennen seyn, da schon mehrmalen zu der sämtlichen Creditoren Besten von amtswegen bey diesem Oberappellationsgericht Verordnungen ergangen, von welchen mitlerzeit allzusehr abgewichen worden, als daß man es nicht wiederum allenthalben in die gehörige Gleise zu bringen, und die Sache auf den rechten Fuß zu setzen suchen sollte.

RESOLVTIO.

quaestionis I.

Was also vorerst die Hauptfrage betrifft, kommt es bey derselben darauf an:

1) Ob der Pachtcontract für gültig zu achten, und zwar a) auf Seiten der Creditoren, und b) auf Seiten des Appellaten?

2) Ob Appellant ex capite contraventionis sich der Pacht verlustig, oder

3) zu Abtrettung derselben von drey zu drey Jahren dergestalt im Contract selbst verbindlich gemacht habe, daß darauf so, wie in sententia et remissorialibus a quibus geschehen, erkannt werden mögen?

Quoad 1) hat des appellati Vater zuerst mit dem Appellanten contrahiret, und da die creditores solches gutwillig genehm gehalten, so hat es auch das Oberappellationsgericht darbey gelassen. Nach Ablauf dieser Pachtjahre hat der Appellat den Contract erneuert und der Reservatcommissarius solchen confirmiret. Die Regierung hat zwar denselben für nachtheilig in Ansehung der Creditoren erkannt, und deshalb des Reservatcommissarii K. Justification erfordert, warum er die Confirmation ertheilt habe, allein der Contract ist nirgends als ungültig aufgehoben; vielmehr von der Regierung und von diesem Tribunal bey vorgekommenen Fällen als gültig zum Grunde gelegt, und von den creditoribus nirgends als ungültig angefochten worden; der Appellat aber kann solchen, und was er hierunter einmal gethan, wann es auch zu seinem Schaden gereichte, und er sich gesetzten Falls aus Noth, um seine Competenz zu erhalten, darzu entschliessen müssen, am wenigsten als ungültig anfechten. Dann intuitu seiner ist es exceptio de iure

tertii, ob der Contract den creditoribus nachtheilig ſey, und wenn auch der Schaden auf ihn mit redundiret: ſo kommt doch ſolches in keinen Betracht, da keine laeſio ultra dimidium vorhanden, ja nicht einmal angegeben, vielweniger erwieſen iſt. Ueberdas ſteckt das Nachtheil vor die creditores hauptſächlich darinen, daß ſich der Appellat einen Vortheil gemacht, und mehr ſtipuliret auch genoſſen gehabt, als ihm zukame. Man kann alſo die Gültigkeit des Pachtcontracts überall für bekannt annehmen.

Quoad 2) iſt nicht die geringſte cauſa expellendi erwieſen, und alles was Appellat von Contraventionen des Pachtcontracts und ſonſt angeführet, auch einigermaſſen beſchienen hat, nur von der Beſchaffenheit, daß dadurch höchſtens eine actio ad id quod intereſt fundiret würde; keinesweges aber eine gänzliche Aufhebung des Pachtcontracts darauf verfüget werden könnte; zumal kein lex commiſſoria dem Contract adjiciret worden, die deteriorationes von keinem Belang ſind, und der Appellant ſich deshalb zur Genüge entſchuldiget hat. Es haben ſich zwar einige creditores über des appellantis Haushalt beſchwehret, und in ſoweit ebenfalls um eine anderweite Verpachtung gebeten; allein es fehlet ihnen ebenfalls an hinlänglichem Grunde; indem alles was ſie anführen, darauf hinauslauft, daß der Appellant gröſere Rechnungen mache als ſich gebühre; welches aber auf den Commiſſarium vielmehr redundiren würde, wann er mehr in Rechnung paßiren lieſſe, als ſich gehörte. Nicht zu gedenken, daß der von K. eigentlich nur derjenige iſt, der ſich unter dem Nahmen verſchiedener Creditoren beſchwehret; indem die vornehmſte Beſchwehrde mit iſt, daß der Appellant die Competenz, Alimentations- und andere nöthige Gelder zurückſetze, da doch die creditores ſelbſt gewiß eine viel andere Sprache führen würden. Es kommt alſo alles auf den 3ten Punct an: ob Appellant ſelbſt nach dem Pachtcontract das Gut räumen müſſe?

Quoad hoc 5) meynet nun zwar der Referens bey der Regierung, daß der Appellat einmal dominus des Guts bleibe, und daher auch mit Approbation des Sequeſtrationscommiſſarii die Perſon des locatoris nicht nur abgeben könne, ſondern auch, wann er gegen anreichende Caution unter ſolchen den Creditoren mehr zum Beſten gereichenden Conditionen mit Approbation gedachten Commiſſarii ſelbſt das Gut in Pacht nehmen, oder darzu ein anderes ſicheres Subject ſubſtituiren wolle, appellans, wann er ſeine Befriedigung erhalte, darbey kein weiteres intereſſe habe, ſondern ihm dieſerhalb die exceptio tua non intereſt obſtire; und hieraus macht derſelbe den Schluß, daß Appellant ſeinem Verſprechen zu folge gegen Zurückerhaltung ſeines Vorſchuſſes und der weiter zu fordern habenden Poſten ſchuldig ſeye die Pachtungen abzutretten.

Wann aber 1) der Pachtcontract de A. 1758. §. 1. klar im Munde führet, daß das letztere Pachtjahr ſich mit dem 22ſten März 1768. wiederum endige, jedoch mit dieſem erpreſſen Vorbehalt, daß wann er von K. mittlerzeit das verpachte Gut ſelbſten in Beſitz nehmen und benutzen könnte und wollte, er conductor ſolches auf dieſen Fall, von drey zu drey Jahren, ihm von K. gegen ſeine des conductoris in den folgenden §. §. ausgemachte Befriedigung hinwiederum abtretten ſollte; nun aber

2) nicht nur in conſeſſo beruhet, ſondern auch notoriſch iſt, daß Appellat das Gut anderweit auf beſſere conditiones verpachten wolle, ſelbſt aber in Beſitz zu nehmen, und den Appella-

ten

ten abzulegen bey seiner übrigen grosen Schuldenlast noch zur Zeit nicht im stande sey; folglich die im Pachtcontract exprimirte Condition nicht existiret, worauf es gleichwohl praecise ankommt, und dem Appellanten nicht gleichgültig seyn kann, ob der Appellat das Gut selbst in Administration nehmen, und er es zu dem Ende übergeben, oder ob ihm ein anderer Pachter vorgezogen, und er diesem das Gut vor der Zeit abtretten soll;

3) ob zwar dem Appellaten und seinem Vater die Verpachtung des Guts ex consensu creditorum connivendo zugelassen worden, dennoch daraus nicht folget, daß er, ehe die creditores abgefunden sind, selbst oder per substitutum, wie ihm der Commißionsbescheid a quo zulässet, das Gut gegen Caution in Verwaltung zu nehmen befugt sey; indem vielmehr das Oberappellationsdecret vom 26sten Jul. 1749. verordnet, das ihm in Ansehung des Guts und dessen Administration, oder der davon eingehenden Pachtgelder bis sämtliche Creditores befriediget, nicht die allergnädigste weitere Anmassung zu gestatten sey: so hält auch Referens das appellatische gravamen für gegründet, und würde daher um so mehr es bey den Pachtjahren noch zur Zeit lassen, weil bey einer neuen Verpachtung in puncto cautionis und sonst auch gewiß neue Schwührigkeiten und Processe entstehen, und die Sache in noch mehrere Weiterungen gezogen werden würde, dahingegen bey noch fortdaurender Pacht die Rechnungen völlig ad liquidum gebracht, und falls Appellant schuldig bliebe, die Caution dargegen inne behalten, und nach Befinden alsdann mit mehrerem Bestand zur Ermißion geschritten werden könnte.

RESOLVTIO.
quaestionis II.

Anlangend die 2te Frage wegen der Competenz und übriger vom Appellaten reservirten Utilien, auch Alimentationsgelder für die Wittib und Töchter, imgleichen die Proceßkosten: so will sich Referens dermalen nicht weitläuftig darbey anfhalten, in wieweit dem Appellaten unter den verschiedenen Gestalten, wie man ihn ansehen kann, das beneficium competentiae zu statten kommen könne; sondern es wird vor jetzo genug seyn, wann hier nur ex facti specie wiederholt wird, daß die Competenz vom Commissario Ao 1729. bey einer damals geringen Schuldenlast von 3600 Rthlr auf 400 Rthlr. determiniret, und 300 Rthlr. von W. 100 Rthlr. aber von S. bezahlt worden. Da nun die Schulden nach der Zeit bey dieser Competenz sich gehäufet, nichts destoweniger aber Appellat ausser dem W. Gut das S. ische mit 400 Rthlr. Competenz ohne andere reservirte Nutzungen recht dolose zu beschwehren, folglich seine Competenz gegen 700 bis 800 Rthlr. zu erhöhen Gelegenheit gefunden, überdem der Mutter 200 und den Schwestern 200, nachher 150 Rthlr. auf eben diese S. ische Pachtung angewiesen worden; ohne daß noch zur Zeit constiret, ex quo fundamento solches geschehen, und quo iure sie hierunter den creditoribus vorgehen sollten; welches alles um so unerlaubter unternommen worden, da das Oberappellationsgerichtsdecret vom 7ten März 1750. expresse verordnet:

daß dem debitori, ohne sämtlicher Creditoren ausdrückliche Einwilligung weder eine gröse-re Competenz auszuwerfen, als derselbe bishero genossen, noch auch ihme oder seiner Eheconsortin in Ansehung der Pacht- oder Cautionsgelder keine Einnahme oder Disposition zu

gestatten, sondern beydes, bis die K. ische creditores ihre völlige Befriedigung erlanget, lediglich zu des Executionscommissarii Händen zu liefern:

So findet Referens kein Bedenken, die Competenz, nebst denen neuerlich aufgekommenen Alimentationsgeldern insgesamt lediglich auf die Güter zu W., welche über 300 Rthlr. auswerfen müssen, vor der Hand, und bis die creditores auch in diesem Stück ein anderes rechtlich ein- und ausführen, einzuschränken, mithin die auf das Gut S. im Pachtcontract widerrechtlich beschehene assignationes aufzuheben, und was sich Appellat an Jagd ꝛc. reserviret hat, ebenfals der Masse zum besten einzuziehen, und respective zu verpachten; worgegen nichts hindert, daß man die jetzige Competenz sowohl bey der Regierung, als bey diesem Tribunal paßiren lassen, indem solches ad acta manca, auch ohnedem unter der ausdrücklichen Clausul geschehen ist: bis auf weitere Verordnung.

Weiter ist auch nöthig, da noch mit gar nichts dargethan ist, daß der Wittib von K. das inventarium gehöre, vielmehr dieselbe ao 1729. ihre 1200 Rthlr. Ehegelder eingeklagt, und nachgehends theils selbst, theils auf die an ihren creditorem den Juden Simon Michael gethane Cession, und darauf an dessen creditores M. et conf. beschehene Zahlung, erhalten, gleichwohl nach dem Pachtcontract wegen des inventarii jährlich 80 Rthlr. zu genieſſen hat, und anbey die längst abgelegte 1200 Rthlr. noch immer dem Appellanten zur Caution einsetzet, daß solchemnach, bis der Concursproceß völlig zu Ende gebracht, mithin auch der K. ischen Wittib Forderung wegen des inventarii ad liquidum gebracht und claßificiret seyn wird, die 80 Rthlr. hinführo ebenfalls ad massam gezogen, und dem Appellanten die Ablieferung der völligen Pachtgelder a 990 Rthlr. injungiret würde, die Wittib aber, wie sie dazu komme, ihre längst abgelegte illata noch immer als rückständig fortzuführen, mit ihrer Verantwortung zur demnächstigen weiteren Verordnung, oder auch commissarischen rechtlichen Verfügung zu vernehmen.

RESOLVTIO.
quaestionis III.

So viel endlich den dritten Punct der vom Appellanten aufgestellten Pachtrechnungen betrifft, so scheinet sowohl der Appellant als der Commissarius in der Meinung zu stehen, daß alle Fuhren und Lieferungen dergestalt gut gethan werden müßten, daß soweit solche die Pachtgelder übersteigen, der Ueberschuß cum usuris in der folgenden Jahrsrechnung als bezahlt zur Ausgabe kommen müsse, auf welche Weise er dann schon in einem Vorschuß von vielen 1000 Rthlr. stehen möchte; zumalen er das gelieferte hoch anrechnet, das übrigbehaltene hingegen mit Stillschweigen übergehet.

Referens muß auch gestehen, daß prior Dominus Referens bey diesem Tribunal in Ertheilung des Abschlagsdecrets vom 19ten Febr. a. c. diese Meinung incidenter adoptiret, wann er die Ordnung vom 20sten April 1759. also erkläret, daß zwar nach dem 4ten §. in Ansehung der Fouragirungen und Lieferungen untersucht werden müsse, ob nicht dessen ohngeachtet der Pachter so viel übrig behalten, daß er die Pacht bezahlen könne; die Kriegsfuhren hingegen indistincte nach dem 5ten §. täglich mit 2 fl. gut gethan werden müßten.

Wann

Wann aber (1) nach gedachter Verordnung vom 20ſten April 1759. §. 3. für feſt ſtehet, daß ein Pachter ein mehreres, als er aus der Pachtung nach gewöhnlicher Abrechnung der Auslagen und Unkoſten und nach Abzug des erlittenen Abgangs heraus gebracht und bringen können, nicht bezahlen, dahingegen aber auch wegen des ihm entgangenen Nutzens und Vortheils keine Vergütung fordern, ſondern den erlittenen Schaden ſelbſt tragen ſolle;

2) der 5te §. weiter nichts verordnet, als weil es zweifelhaft war, ob die Fuhren, die der Pachter mit ſeinem Anſpannvieh thun müſſen, dem Gutsherrn unter dem Abgang zugerechnet werden könnten, oder nicht, daß ſolchemnach zu Hebung dieſes Zweifels eine Fuhre mit 4 Pferden oder 6 Ochſen täglich mit 2 fl. in der Vergleichung angeſchlagen werden ſollte, im übrigen aber

3) daß es mit Zurechnung der Fuhren, und mit Zurechnung der das Gut noch weit näher angehenden Frucht- und Fouragelieferungen zweyerley Bewandniß haben, und die Fuhren mehr privilegirt ſeyn ſollten, als jene praeſtationes, nirgends verſehen; hingegen

4) die angezogene Verordnung meines Erachtens vielmehr alſo zu verſtehen iſt, daß Appellant die Kriegsfuhren ordnungsmäßig anſchlagen muß, und wann alsdann nach Abzug deſſen ſowohl, was dieſelbe betragen, als auch der Frucht, und Fouragelieferungen und ſonſtigen in Rechnung zu paßirenden Poſten deductis deducendis er wirklich ſoviel nicht übrig behalten und genoſſen hat, oder genieſſen können, als das Pachtgeld ganz oder zum Theil austrägt, derſelbe über den wirklichen Genuß nichts zu bezahlen habe, und was er in dieſem Fall auf aſſignationes oder ſonſt auf die Pacht bezahlet, und in effectu aus ſeinem Beutel vorgeſchoſſen, ihm auf das folgende Jahr zu gut gehen müſſe; ohne daß jedoch

5) der appellantiſche Pachter, wann er die Remißion der ganzen Pacht erhält, ob ſich gleich ſeine Kriegsſchadensrechnung noch ſo hoch beliefe, die geringſte weitere Vergütung vom Gutsherren fordern könne;

vid. *L. 15. §. 7. L. 33. D. locat. conduct.*

MEV. *P. 7. Dec. 84.*

WINKLER. in der rechtlichen Abhandlung von Kriegsſchäden *Sect. 1. Cap. 4. num. 13. ſeqq. num. 29. 30. 31. 35. 36.*

wie unter andern auch in cauſa

des Conductor Engelhards *contra* die geheime Räthin Motzin den 3ten *Dec. 1761.* bey der Regierung erkannt, und von dieſem Tribunal approbiret worden; daher

6) wann Referens dem vormaligen Herrn Referenten bey Ertheilung des Abſchlagsdecreti vom 19ten Febr. a. c. pure accediret, er dieſes nur quoad concluſionem dahin verſtanden haben will, daß die Verweiſung ad ſeparatum mit den Kriegsfuhren für ein gravamen anzuſehen, weil Appellant billig zur eidlichen Beſtärkung derſelben zu laſſen geweſen: ſo concludiret Referens, daß nach vorſtehenden, der Ordnung und den Rechten conformen principiis ein näheres Rechnungsregulativ vorzuſchreiben ſey.

Sonſt finden ſich in actis noch zwey ſtrittige Puncte, deren Deciſion gut und vielleicht nöthig ſeyn wird:

1)

1) daß Appellant ſich beſchwehret, wie ihm mehrere aſſignationes zugeſchickt würden, als er an Pachtgeldern ſchuldig ſey; und

2) daß er in frankfurter Währung bezahlen ſolle.

Die erſte Beſchwehrde wird ſich hinführo von ſelbſt geben, iſt aber im übrigen an und für ſich nicht ungegründet.

Die zweite Beſchwehrde hingegen iſt deſto verwegener.

Nach dem erſten Pachtcontract müßte Appellant das jetzige ohnverändert gebliebene Pachtgeld in niederheßiſcher Währung bezahlen. Bey der Pachterneuerung A. 4758. wurde frankfurter Währung ſtipuliret, ſonder Zweifel wegen des damalen in Handel und Wandel und ſogar in herrſchaftlichen Caſſen roullirenden ſchlechten Geldes. Da nun jetzo die vorige Währung wieder hergeſtellet, ſo iſt Appellant nicht ſowohl in frankfurter, als vielmehr, weil derſelbe, des ausdrücklichen Innhalts ſeines Pachtcontracts ohngeachtet, auf den vormaligen höheren Geldcours reflectiret wiſſen will, ohnedem auch der Appellat von dem a creditoribus approbirten erſten Contract nicht abgehen; mithin in eorum praeiudicium die Währung nicht verändern können, in der jetzo wieder hergeſtellten alten niederheßiſchen Währung, worinn auch die Schulden contrahiret worden, das locarium abzutragen ſchuldig, und darzu zu condemniren; da nun im übrigen die Compenſation der Unkoſten kein Bedenken findet: ſo wäre ꝛc.

DECISIO CLXXXIII.

ARGUMENTUM GENERALE:
AN DONATIO VALEAT IVRE NOSTRO SPECIALI, SI A IVDICE INCOMPETENTE CONFIRMATA?

SUMMARIA.

Alienationes rerum immobilium in Haſſia noſtra iudicialiter confirmandae ſunt. n. 1.
Ideoque et donationes. n. 2.
Inſinuatione non eget iure communi donatio remuneratoria. n. 3.
Donatio mortis cauſa a quovis magiſtratu confirmari poteſt. n. 4.
Characteres donationis remuneratoriae. n. 5.
Donatio mortis cauſa quid ſit? n. 6.
Donationi non nocet, quod contrahentes ex ignorantia eius confirmationem a iudice incompetente impetraverint. n. 7.
Donatio enim etiam a iudice incompetente confirmari poteſt. n. 8. 10.
Adeo ut iudex etiam in propria cauſa competens eſſe poſſit. n. 9.
Contractus conſummatus ex capite deficientis confirmationis non reſcinditur. n. 11.

Dona-

Digitized by Google

Donatio modalis propter ingratitudinem revocari nequit. n. 12.
Et magis ad contractus oneroſos quam lucrativos accedit. n. 13.

SENTENTIA.

In Sachen Dietrich Ebert von B., wider Johann Georg Ebert und Johannes Müller, curatorio nomine Hans Curt Eberts hinterlaſſener Kinder daſelbſt, in puncto donationis; wird auf alles An- und Vorbringen auch erfolgten Schluß zu Recht erkannt:

daß es bey der quäſtionirten Donation ihres ganzen Inhalts nach, und alſo auch in Anſehung der Immobilgüter zu laſſen, mithin Appellant von angeſtellter Klage ſchlechterdings zu abſolviren, und ſolchergeſtalt die von der Regierung zu M. unterm 8ten Aug. 1758. ertheilte ſententia a qua zu reformiren ſeye. Als F. O. A. Gericht erkennet, abſolviret und reformiret, compenſatis expenſis. V. R. W.

Publicata die 10. Octobr. 1759.

FACTVM.

Chriſt. E. hat ſeinem Bruder Dietrich E. am 18ten Jul. 1750. ſeinen Antheil von Gütern, mit gerichtlicher vom Oberſchultheiſſen zu Marburg ertheilter Confirmation, dergeſtalt geſchenkt, daß ihm dieſer jährlich zwey Schafe füttern und zwey Hemder geben, alle ihm zugehörige Aecker, ſo lange er donator leben würde, ihm ausſtellen, düngen und ſäen und die Früchte überlaſſen ſolle.

Nach des donatoris Tode aber meldeten ſich deſſen übrige Erben ab inteſtato und impugnirten die Schenkung, theils weil der donator ſich durch einen vorher errichteten Ehekontrakt die facultatem alienandi benommen, theils die Schenkung nicht von der Fleckenbühl Bürgeliſchen Obrigkeit wäre confirmiret worden. Es erfolgte auch vom Bürgeliſchen Syndico zu Marburg am 25ſten Febr. 1757. ein Beſcheid, worin die Schenkung quaeſtionis für nichtig erklärt, und die Kläger zur Mitſucceßion ab inteſtato admittirt wurden. Hiervon appellirte Beklagter zuerſt an die Regierung, und als dieſe unterm 8ten Auguſt 1758. erkannte:

daß die ſententia a qua, ſoviel die geſchenkte unbewegliche Grundſtücke angehet, zu confirmiren, in Anſehung der bey den actis prioris inſtantiae befindlichen Specification ſub num. 4. 5. et 6. bemerkten Mobiliarſchenkung aber zu reformiren und ſolche mobilia dem Appellanti zuzuerkennen, demſelben auch wegen der aberkannten Immobilſtücke der Regreß gegen das Oberſchultheiſſen Amt allhier vorzubehalten ſey.

an dieſes Gericht.

VOTVM.

Es kommt hier auf die Erörterung der Frage an:

Ob die landesherrliche Verordnung vom 9ten Jan. 1732. bey gegenwärtigem caſu ſtatt finde, und hiernach die quäſtionirte Donation in Anſehung der Immobilgüter für ungültig zu erkennen ſeye?

RATIONES DVBITANDI.

Ob nun zwar

1 1) in besagter Ordnung §. 1. sich disponirt findet, daß die über unbewegliche Güter vorgehende Kauf- und Tauschhandlungen der Obrigkeit, worunter die zu veräusernde Stücke gelegen, angezeigt und ausgefertigt werden sollen, und dieses im §. 7. und 8. in mehrerem bestättiget wird;

2 2) wenn gleich in gedachtem ersten §. der Donationen nicht in specie Erwehnung geschiehet, dennoch selbige ebenfalls darzu referirt werden müssen, indem auf alle Alienationsfälle der Immobilien sich das Edict erstrecket, und im achten §. hierzu expressis verbis die Verschenkung gerechnet wird; nun aber

3) des donatoris Güter im B. ischen Gericht ohnstreitig gelegen sind, und also vor diesem die quästionirte Donation zu seiner Perfection hätte gebracht werden sollen; da im Gericht S. die herrschaftliche von der adelich Fleckenbühl Bürgelischen Gerichtsbarkeit ganz separirt ist, und beyde nicht concurrentem iurisdictionem im Gericht haben; mithin

4) da die Donation von dem Oberschultheissen zu Marburg als einem iudice incompetente confirmiret worden, der actus für null und nichtig, und also die Schenkung für unvollkommen und ungültig zu halten seye, wovon beyden Theilen, auch deren Erben ab intestato, massen die querela nullitatis 30 Jahr dauert, abzugehen erlaubt seyn würde; kraft

§. *3. et 4. d. Ordinat.*

3 5) und obgleich eine donatio remuneratoria bekanntlich keiner gerichtlichen Insinuation, selbst an den Orten, wo die donationes inter vivos gerichtlich confirmirt werden müssen, bedarf,

ZOES. *ad pand. Tit. de donation. n. 43.*
BERLICH. *P. 2. Concl. 14. n. 13.*
COLER. *P. 1. Dec. 10. n. 7.*

4 und eine donatio mortis causa, weil es ein actus voluntariae iurisdictionis ist, und sich als ein legatum verhält, von einer jeden Gerichtsobrigkeit autorisirt werden kann:

LAVTERBACH. *C. T. P. I. 39. Tit. 6. §. 15.*
STRVV. *Synt. iur. civ. Ex. 40. §. 22.*

doch zu beyden die quästionirte Schenkung nicht qualificiret werden mag; indem in ersterem Betracht im Donationsbrief keiner Remuneration gedacht, sondern zum Beweggrund angegeben wird: weil er sich bishero beym donatorio aufgehalten, und bey demselben sein Leben zu beschliessen Willens seye, welches kein bene meritum ist, vielmehr donator seinen Aufenthalt und Verpflegung zweifelsohne nicht umsonst gehabt; die bloße Worte: viele Treue, gute Aufwartung, und dergleichen, ohnehin noch lange keine donationem remuneratoriam ausmachen, sondern
5 dergleichen bene merita in specie benennet, und also beschaffen seyn müssen, daß der donator dadurch nicht nur naturaliter, wie

BERGER *in dissert. de liberalitate necessaria §. 14. et 15.*

will, sondern auch civiliter obligiret werde; folglich der donatarius durch sothane bene merita ein ius perfectum zu Erlangung der schuldigen Remuneration bekommen;

STRYCK

STRYCK. *de caut. contract. Sect. 3. Cap. 9. §. 3.*

in dem zweyten Betracht aber der Schenkungsbrief ganz klar zeiget, daß die Donation nicht in casum mortis conferirt worden, also daß selbige erst durch den Tod zu ihrer Perfection kommen solle, wie bey einer donatione mortis causa erfordert wird,

LAVTERBACH. *l. c. §. 26.* 6

und wenn schon es hier heisset: daß nach des donatoris Tod die Güter dem Appellanten verbleiben sollten, doch die donatio inter vivos et statim perfecta ist, quia non ipsa donatio, sed tantum eius executio in mortem confertur.

LAVTERBACH. *l. c. §. 27.*

BOEHMER. *T. 2. P. 1. Conf. 568. n. 4. et 5.*

RATIONES DECIDENDI.

Dennoch aber und dieweilen

1) der Donationsbrief quaestionis alle behörige requisita hat, und beyde Contrahenten solchen haben autorisiren lassen, mithin ihrer Seits alles dasjenige gethan, was sie nach der Contractenordnung zu thun schuldig zu seyn geglaubt; daß aber aus Unwissenheit sie die Confirmation nicht gehörigen Orts gesucht haben, ihnen, so von der getheilten Jurisdiction des Gerichts S. keinen Begriff gehabt, nicht sowohl zur Last gelegt werden mag, als vielmehr alle Schuld auf den Oberschultheissen zu M. fällt, wogegen der reservirte Regreß dem Appellanten wenig helfen, und nur schwehre Processe nach sich ziehen würde; 7

2) nur die Unterlassung der Confirmation besage der Ordnung §. 4. die Nullität eines Contracts nach sich ziehet, und im ersten §. auf den Fall, wenn die Handlung nicht vor die Obrigkeit, worunter die zu veräusernde Stücke gelegen, gezogen ist, dergleichen Pön nicht gesetzt wird, noch vielweniger also diese bey einer donatione inter vivos Platz finden mag, da dergleichen Insinuation blos auctoritatis publicae causa geschiehet, und ein actus voluntariae iurisdictionis ist, dergleichen keine causae cognitionem erfordern, und dannenhero vor jedem Gericht gar wohl vorgenommen werden können; 8

L. 4. de adopt.

L. un. §. f. de off. proconf.

adeo ut iudex in propria causa competens esse possit;

MÜLLER *ad* STRVV. *Ex. 40. §. 10. not. 4.* 9

ZIEGLER. *Concl. 1. n. 46.*

gleichwie dann die Rechtslehrer in specie von der donatione asseriren, quod coram omni iudice, etiam incompetente, civilem iurisdictionem habente, insinuari possit; 10

LAVTERBACH. *de act. vol. iurisdict. Th. 26. 27.*

BERLICH. *P. 2. Dec. 187. n. 4.*

GAIL. *P. 2. Obs. 39. in fin.*

MÜLLER *ad* STRVV. *l. c. in not.*

in praesenti auch des legislatoris gnädigste Intention bey dieser Verordnung völlig erreicht wird;

indem das herrſchaftliche Intereſſe im Ab- und Zuſchreiben der onerum eben ſowohl vom Oberſchultheiſen, als vom B. iſchen Iuſtitiario hat gewahret werden können, und das vorliegende Inſtrument allen Zweifel und Streit, daß beyder Contrahenten Meynung alſo und nicht anders geweſen, benimmt;

3) alle in der Donation ſtipulirte Puncte von beyden Theilen erfüllt worden ſind, und donator bis an ſein, 6 Jahr darauf erfolgtes Ableben dabey beharret, mithin da dieſer von ſeiner Schenkung nicht abzugehen willens geweſen, noch weniger davon abgegangen, Appellaten ſeine Erben ab inteſtato, die des defuncti factum präſtiren müſſen, um ſo weniger die Schenkung anfechten, und den Willen ihres Erblaſſers umſtoßen können;

11 4) dieſer zur Deciſion gegenwärtiger Sache hauptſächlich gereichende Satz, daß ein nach oft-erwähnter Ordnung zwar unvollkommener, jedoch von beyden Theilen vollzogener, in allem adimplirter und per traditionem et mortem contrahentis zur Vollkommenheit gediehener und beſtättigter Contract nicht für ungültig erkannt, vielmehr bey ſeinen Kräften gelaſſen werden muß, nicht erſt anjetzo für feſtgeſetzt werden darf, ſondern durch die bisherige praeiudicia bey dieſem Tribunal, als

in cauſa Rau *contra* ſeine Schwägerin Catharina Rauin, Brod *contra* Brod *) Neumeyers *et uxor contra* Schäfers Erben

allbereits beſtättigt, und mit vielen Gründen behauptet worden;

5) hier um ſo mehr es bey der Donation der beweglichen und unbeweglichen Güter gelaſſen werden muß, als ſonſt unendliche Proceſſe daraus entſtehen würden, und Appellant dergleichen anſehnliche Gegenforderungen machen könnte, daß den Appellaten dadurch ihr prätendirtes Antheil Güter ſehr hoch und über den Werth zu ſtehen kommen möchte; da hier keine donatio

12 ſimplex ſondern qualificata iſt, nehmlich ex cauſſa oder ſub modo facta, welche donatio modalis nicht einmal ex capite ingratitudinis revocirt werden kann,

WERNHER. *Sel. obſ. forens. P. 1. Obſ. 66. n. 3. Vol. 1. p. 82.*

13 und alſo noch eine Frage iſt, ob donator ſelbſt von der Schenkung, welche als eine Compenſation und Satisfaction mehr die Art eines contractus oneroſi als lucrativi gehabt,

FABER. *Cod. L. 8. Tit. 36. Def. 3. n. 2.*

abzugehen befugt geweſen ſey, auerwogen die quäſtionirte donatio dem Appellanten viele harte conditiones auflegte, als daß er den donantem auf Lebenslang bey ſich behalten, verpflegen, zwey Schaafe füttern, zwey Hemder geben, ſeine Aecker außſtellen, düngen und ſäen und gleichwohl die Früchte davon nicht vor ſich genießen ſollte, welches, wenn donator lange gelebt, leicht den Werth der Schenkung hätte überſteigen können, und anjetzo ſo viel nach ſich ziehen würde, daß wenn die Donation ungültig ſeyn ſollte, dem Appellanten aller Schaden und Unkoſten, ſo donator bey ſeinem zwanzigjährigen Aufenthalt ihm verurſacht, der etwaigen Melioration nicht einmal zu gedenken, erſtattet werden müßte; wogegen nichts vermag, wenn angegeben werden will, daß dem Appellanten ſogleich die geſchenkte Güter zu ſeinem Nutzen übergeben worden, und defunctus Knechts-

*) Deciſ. Tom. I. Deciſ. X.

Knechtsarbeit thun müſſen, indem dieſes nicht erwieſen, und man hier zu conſideriren hat, was Appellant nach dem Donationsbriefe zu präſtiren ſchuldig geweſen, und nicht was defunctus ihm gutwillig daran erlaſſen hat. So iſt dieſem allem nach Referens der ohnmasgeblichen Meynung, daß ꝛc.

DECISIO CLXXXIV.

ARGUMENTUM GENERALE:

DE HYPOTHECA TACITA FISCI IN BONIS ADMINISTRATORVM.

SUMMARIA.

Pignus in re immobili conſtitutionibus noſtris iudicialiter confirmandum eſt n. 1.
Oppignoratio exiſtente iam concurſu facta nulla eſt. n. 2.
Fiſcus in bonis adminiſtratorum, quae habent tempore ſuſcepti officii, hypothecam legalem habet, n. 3.
Ex communi opinione omnibus aliis hypothecis publicis poſterioribus praeferendam. n. 4.
Conſtitutio noſtra de confirmatione iudiciali pignorum ad pignora tacita non pertinet. n. 5.
Creditori pignus generale iam habenti non nocet, quod poſtea ſibi ſpeciale quoque conſtituendum curaverit. n. 6.
Reditus ex curſu publico, Postgelder, *eadem iura cum aliis reditibus publicis habent. n. 7.*

SENTENTIA.

In Sachen des Procuratoris fiſci, Nahmens fürſtlicher Renthkammer wider die in actis benannte O. iſche creditores, Prälationsrecht im Concurs betreffend, iſt hiermit zu Recht erkannt:

daß die Renthkammer und das Oberpoſtamt allhier mit ihren ſämmtlichen vorhin für liquid erkannten Forderungen der 6084 Rthlr. 11 Alb. 7 Pf. Cammerreceß u. 41 Rthlr. 4½ Pf. rückſtändiger Poſtgelder, nebſt den bis zur Zeit des erkannten concurſus aufgewachſenen, allenfalls noch zu liquidirenden Zinſen, den in dem Marburgiſchen Claſſificationsurtheil ſub num. 9. 10. 11. 12. et 13. vorgeſetzten Appellatiſchen Mitgläubigern allerdings vorzuziehen, und ſolchergeſtalt ſententia a qua vom 30ſten May 1752. zu reformiren ſeye; als F. O. A. Gericht erkennet und reformiret, mit Vergleichung der Koſten V. R. W.

Publicata die 12. Dec. 1753.

FACTVM.

Der geweſene Renthmeiſter O. zu W. hat im Jahr 1738. vier Jahre nachher als er zu dieſer Bedienung gekommen, Fürſtlicher Renthkammer nicht nur eine General- ſondern auch eine Specialhypothek auf 1000. Rthlr. und ſeine liegende Güter beſtellt, im Jahr 1740. aber noch für 2830 Rthlr. Güter

Digitized by Google

Güter zu dem pignore speciali hinzugefügt. Als nun im Jahr 1747. über desselben Vermögen ein Concurs entstanden: so hat die Regierung zu Marburg in dem ertheilten Classificationsurtheil der Fürstlichen Renthcammer die creditores sub num. 9. 10. 11. 12. und 13. vorgesetzt, der Procurator fisci aber von dieser Sentenz anhero appelliret.

VOTVM.

Der Grund der Entscheidung dieser Sache beruhet auf der Frage.

Ob und wie weit das von dem appellantischen Procuratore fisci prätendirte Vorzugsrecht von den ihm in der Classificationsurtheil vorgesetzten appellatischen Mitglaubigern gegründet sey oder nicht?

RATIONES DVBITANDI.

Ob nun zwar

1) Appellaten sich insonderheit auf die Verordnung de anno 1732. wegen Confirmation der Contracten berufen, und Inhalts deren behaupten, daß appellantischer fiscus sich auf keine hypothecam tacitam beziehen könne, indem Fürstliche Renthcammer hypothecam expressam anfänglich auf 1000. Thlr. und nachhero auf des debitoris übriges Vermögen sich constituiren lassen, mithin hoc ipso selbst anerkannt, daß sie mit der erstgedachten hypotheca tacita nicht hinlänglich gesichert seye; sodann auch

2) scheinet, daß auf die hypothecam expressam in vim praelationis nicht provocirt werden möge, weil diese nicht nach Maaß obgedachter Verordnung von Fürstlicher Regierung zu M. als des discussi foro ordinario et rei sitae confirmiret, auch zur Zeit, als diese constituirt werden, der debitor bereits nicht mehr solvendo, mithin der Concurs materialiter erschienen gewesen, und eine solche Verpfändung in praeiudicium reliquorum nicht mehr geschehen können; über dem

3) Fürstliche Renthcammer, wenn sie bey dem gedachten gemeinsammen Schuldner Schaden leide, sich dieses selbst zu imputiren haben möchte, weil demselben nicht zu behöriger Zeit die Rechnung abgenommen, dadurch aber andere creditores sicher gemacht worden, indem diese, wenn des discussi starker Receß bekannt gewesen, ihme gewiß nicht creditiret haben würden, folglich aber auch dieselben nunmehro unter dieser Nachsicht nicht Schaden leiden könnten; ferner dürfte

4) noch ein Zweifel entstehen, ob der Nahmens der Fürstlichen Posteassa eingeklagte Receß allenfalls eben das privilegium tacitae et legalis hypothecae als der übrige Renthereyrückstand zu geniesen habe, indem ersterer von dem discusso, nicht qua herrschaftlicher Renthmeister, sondern blos qua Posthalter contrahirt worden; nichtweniger will es das Ansehen haben, daß wenigstens

5) Die B. ische Schuld, als welche laut der in actis befindlichen Obligation zu Erkaufung der nachmals dem fisco verhypothecirten O. ischen Güterstücke hergeschossen worden, ein gleiches privilegium tacitae hypothecae mit der fürstlichen Renthcammer Prätension habe, und also dieser,

dieſer, da allererſt in anno 1743 vor beſagte Fürſtliche Renthcammer hypotheca expreſſa beſtellt worden, ratione temporis mit allem Recht vorzuſetzen ſeye; und endlich allegirt

6) das iudicium a quo noch dieſes zur hauptſächlichen ratione decidendi, daß wenn dem fiſco der Vorzug zugeſtanden werden wollte, alsdenn die meiſten übrigen creditores unverſchuldeter Weiſe um das ihrige kommen würden.

RATIONES DECIDENDI.

Alldieweilen aber

1) unbeſtrittenen gemeinen Rechtens iſt, daß dem fiſco ex bonis adminiſtratorum, quae habent et habuerunt eo tempore, quo ad officium accedunt, 3

per *tot. tit. Cod. de privil. fiſci.* et in ſpecie *L. 1. 3. ibid.*

eine univerſalis hypotheca tacita et legalis dergeſtalt zuſtehe, daß ſelbiger allen hypothecis expreſſis,

vid. *L. 3. C. qui potiores in pignore*

ja auch ſo gar nach der gemeinen Meynung der Rechtslehrer den hypothecis publicis, niſi ſint tempore priores, vorgehet: 4

doc. PVFENDORFF *in Obſ. forenſ. Tom. 1. Obſ. 211. §. 3. et*
LEYSER. *ad Pand. Sp. 226. Med. 1.*

und dann

2) in hypotheſi unwiderſprochen, mithin richtigen facti iſt, daß der diſcuſſus anno 1734 ſeine Rentherey Bedienung angetretten, folglich ab hoc tempore alle ſeine Haabſeligkeit mit dem nexu einer ſolchen hypothecae legalis et tacitae nicht allein behaftet, ſondern auch nach der Hand in anno 1738 dieſem noch generalis et ſpecialis hypotheca auf 1000 Rthlr. und zuletzt noch in anno 1740 die weitere Verſchreibung auf 2830. Rthlr iuncta cautione iuratoria hinzugefügt worden; gegen die Verbindlichkeit dieſer Verhaftung auch

3) die Verordnung de anno 1732. wegen Confirmation der Contracten keinesweges allegirt werden mag, indem dieſe eines Theils die Gültigkeit einer ſonſtigen hypothecae tacitae et legalis in keinem Stück aufhebt, ſondern nur ſoviel disponiret, daß keine hypotheca expreſſa, wenn ſie nicht gerichtlich confirmirt worden, paratam exſecutionem haben, oder in concurſu den ordnungsmäſigen inſtrumentis gleich geachtet, vielweniger vorgezogen werden ſolle; 5

vid. §. 11. cit. Ordin.

mithin andern Theils appellatiſche creditores ſich darin ſoviel unſchicklicher fundiren, weil nach Ausweis der Acten und des Claſſifications Urtheils kein einziger, zumalen unter denen dem fiſco vorgeſetzten a nris 9. usque 13 benahmten anzutreffen iſt, welcher eine gerichtliche confirmirte Verſchreibung vor ſich hätte; darbenebſt

4) nicht abzuſehen iſt, wie daraus, daß Fürſtl. Renthcammer ſich in anno 1738. 1740 et 1742 eine ausdrückliche Verſchreibung über des diſcuſſi adminiſtratoris ſämmtliches Vermögen geben laſſen, eine Begebung der ohnehin ipſo iure gehabten hypothecae tacite et legalis mit Recht gefolgert werden möge; indem hier wohl eintrifft, quod ſuperflua non noceant; zumalen 6

in

Digitized by Google

in dem Cautionsſchein de anno 1738. und ſonſten die hypotheca ex proviſione legis ſich zugleich ausdrücklich reſervirt worden, und wann auch gleich auf dieſe expreſſe Hypothecirung aus dem Grund, daß ſolches zu der Zeit des angeblich materialiter bereits erſchienen geweſenen concurſus geſchehen, nicht reflectiret werden könnte, doch die erſtere hypotheca tacita et legalis ſubſiſtiret; da im Gegentheil

5) aus dieſen genommenen Präcautionen und den beygebrachten commiſſariſchen Beſcheinigungen ſattſam erſcheinet, daß Fürſtliche Rentheammer, ſobald ſie des communis debitoris üblen Haushalt gewahr worden, vigilant genug bey Richtigſtellung des receſſus geweſen, folglich nicht geſagt werden kann, daß ſelbige durch ihre moram dem debitori zu Contrahirung mehrerer Schulden Zeit und Gelegenheit gelaſſen, oder dadurch die übrigen creditores gefährdet worden, maſſen die acta ſamt dem Claſſificationsurtheil ſelbſt zu erkennen geben, daß beſagter debitor erſt ſeit anno 1740 in die Schuldenlaſt gerathen; zu dem

6) eben ſo wenig eine hinlängliche Urſache auszufinden iſt, warum iudex a quo in dem Claſſificationsurtheil den 1000. Rthlr. Cautionsgeldern vor den Appellaten den Vorzug geſtattet, da er doch im übrigen die hypothecam expreſſam derſelben vor ohnnachtheilig gehalten, und alſo das fundamentum praelationis nothwendig allein in der auf den ganzen Receß de iure ſich erſtreckenden hypotheca tacita et legali zu ſuchen iſt, weiters und

7) wohl kein Zweifel ſeyn kann, daß nicht die Poſtgelder gleiches privilegium mit den übri-
7 gen Adminiſtrationsreſiduis genieſen ſollten, da ſolche ſo gut, als die übrige Gelder, von dem debitore als herrſchaftlichen Bedienten eingenommen geweſen, anbenebſt zur Einnahme bey Fürſtliche Rentcammer gehören, auch dahin abgegeben und verrechnet werden; gleichergeſtalt

8) im Fall man auch der B. iſchen Schuld das ius hypothecae tacitae zugeſtehet, ſelbige doch erſt in anno 1741. contrahiret worden, und alſo als tempore poſterior gleich allen übrigen dem fiſco präferirten jüngern creditoribus nach ſelbſtigem Inhalt des Claſſificationsurtheils nothwendig nachſtehen muß; und ſolchemnach

9) die dadurch leidenden creditores zwar zu bedauren, dieſe von dem iudice a quo hauptſächlich aus der bloſen Convenienz hergenommene rationes decidendi aber doch im geringſten nicht dahin anreichend ſind, daß man in dieſer alleinigen Abſicht dem herrſchaftlichen fiſco ſein in den unwiderſprechlichen Rechten gegründeten ius praelationis abſprechen könnte; zumalen propter haec iura notoria und da es landkundig iſt, daß alle berechnete Bediente von Zeit ihrer Dienſte gnädigſter Herrſchaft hypotheca legali omnium bonorum verhaftet werden, beſagte appellatiſche creditores in ignorantia vincibili, quae neminem excuſat, ſich befinden: ſo ꝛc.

DE-

Digitized by Google

DECISIO CLXXXV.

ARGUMENTA GENERALIA:

I. Duplicitas vinculi ultra fratrum liberos non attenditur.
II. In patruis et avunculis origo bonorum non ſpectatur.

SUMMARIA.

Thema deciſionis I. n. 1. 4. 5.
Thema II. n. 2.
In ſolis fratribus unilateralibus originis bonorum ratio habetur. n. 3.
Deciſio SERENISSIMI *cum aliis eo ſpectantibus. n. 6.*

DECRETVM.

In Sachen des Stadtphyſici Dr. Licht Ehefrauen und Lieutenant du Roy Ehefrauen zu A. wider Chriſtina Sophia Schoppachin und Suſanna, des Oberförſters Jericho Ehefrau zu B, ſtrittige Erbſchaft betreffend;

werden die von Procurator D. R. geberene Appellationsproceſſus hiermit abgeſchlagen.

Datum die 20. Aug. 1766.

FACTVM.

Simon Ludwig S. zu A. iſt ab inteſtato verſtorben, ohne Deſcendenten, Aſcendenten oder Brüder und Schweſtern zurück zu laſſen. Seine nächſte Verwandten ſind ſeiner Mutter beyde Schweſtern die Appellanten, und ſeines Vatters beyde Halbſchweſtern oder ſorores conſanguineae die Appellaten; erſtere wollen allein Erben ſeyn, weil

1) ſie nicht wüßten, ob Appellaten angegebener maßen wirklich verwandt wären;

2) bey ihnen Appellanten duplicitas vinculi vorhanden wäre, und

3) die Güter von mütterlicher Seite herkämen, folglich von dem vätterlichen ſeparirt, und ihnen als mütterlichen Anverwandten zuerkannt werden müßten. Dieweil aber die Regierung hierauf nicht reflectirt, ſondern durch Beſcheid vom 28ten Sept. a. p. beyde Theile ohne Unterſchied der Güter in capita admittirt hat: ſo haben appellantes an dieſes Tribunal provocirt, und ihre vermeynte Befugniß in oberwehnten dreyen Puncten auszuführen geſucht.

RATIONES DECIDENDI.

Wenn aber quoad

1) Appellati ihre Verwandschaft nothdürftig beschienen, und Appellanten das Gegentheil nicht beygebracht haben; quoad

1 2) die duplicitas vinculi ultra fratres eorumque liberos ausserhalb Sachsen und nach dem iure communi nicht attendiret, sondern blos allein auf den Grad der Verwandschaft gesehen wird;

LAVTERBACH. *C. T. P. L. 28. post. Tit, 17. de succeſſ. iuris noviſſ. ſec. Nov. 118. §. 37. ſeqq.*

STRVV, *S. I. C. Exerc. 38. Th. 36.*

quoad

2 3) bey dergleichen entfernten Seitenverwandten eben wenig den Rechten nach zur Frage kommet, ob die Erbschaft von der vätterlichen oder mütterlichen Seite her ihren Ursprung habe.

STRUV. *cit. loc. ibique* MÜLLER.

3 und was zwischen des defuncti fratribus conſanguineis et uterinis in dem

L. 13. §. 2. C. de legit. hered.

und der

Nov. 84.

verordnet wird, auf gegenwärtigen Fall, wo vielmehr der

L. 10. §. 2. D. de vulg. et pupill. ſubſtit.

seine Anwendung findet, sich nicht appliciren läßt:

LEYSER. *ad Pand. ſp. 423. Med. 2.*

So ist auch bey der ſententia a qua kein erhebliches gravamen vorhanden, und concludiret demnach Referens auf folgendes Abschlagsdecret:

In Sachen ꝛc. werden die von Procurator D. R. gebetene Appellationsproceſſus hiermit abgeſchlagen.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS I.

4 Es ist dieser caſus in der Gerichtsordnung de anno 1497 anderst decidirt, indem es daselbst heist,

> So aber das gestorben verläßt seines Vatters Bruder oder Schwester, jene verſammentlich (i. e. duplici vinculo) verwandt, und seiner Mutter Geschwister von dem Vater, oder von der Mutter alleine, so erben dieselben des Vaters verſammete Geschwisterde, vor der Mutter Geschwisterde von einem Aeltern, alleine; vnd desgleichen soll es des gestorbens Mutter verſammete Geschwister halb gegen des Vatters Geschwistere von einem Aeltern allein auch gehalten werden.
>
> vid. die Sammlung der Heſſischen Landesordnungen 1. Theil. *p. 26.*

folglich soll nach dieser Landesordnung die duplicitas vinculi in ſubſtrato allerdings attendirt werden. Nun weiß ich zwar wohl, daß diese Gerichtsordnung anfänglich nur das Fürstenthum an der Lohne, als welches von ihrem Urheber dem Wilhelmo III. beherrscht worden, angegangen hat, und daß dahero auch gezweifelt werden will, ob sie jemals in Niederhessen vim legis gehabt;

wozu

wozu noch kommt, daß FERRARIVS MONTANVS schon seiner Zeit in den Consiliis Marburgensibus schreibt, daß dieselbe nicht durchgängig mehr in Observanz seye.

vid. Dnus. Hombergk in den Marburgischen Anzeigen *de anno 1763. pag. 41. seq.*

Nachdem aber noch im Fürstl. Rescript de 29. Dec. 1752. die Eheleute, so gleiche Handthierung treiben, betreffend, dieser Ordnung, als eines allgemeinen Landesgesetzes, Erwehnung geschiehet, so wird in dubio solange darauf gesprochen werden müssen, bis de contraria observantia iudiciali constiret, und möchten dahero processus zu erkennen seyn.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS. II.

Quoad ius romanum bin mit dem Herrn Referenten völlig verstanden. Ich glaube auch, 5
daß die von dem Herrn Correferenten angezogene alte Gerichtsordnung nur das Oberfürstenthum angegangen, bevorab da hierinnen viele Dinge enthalten, e. gr. de successione coniugum et usufructu parentum, welche mit den hiesigen Gesetzen und Landesgebrauch nicht überein kommen. Inzwischen aber und weilen dieselbe doch in dem Fürstl. Rescript vom 29. Dec. 1752. als eine Landesordnung anerkannt, und hiervor erklärt worden: so ist es quaestio anceps, ob hiernach, oder secundum ius civile gesprochen werden müsse; praeiudicia, bevorab bey diesem höchsten Gericht, dürften nicht vorhanden seyn, und erinnere mich deren keine. Am sichersten dürfte es seyn, wann dieser casus nach Anleitung der Oberappellationsgerichtsordnung Tit. 5. §. 13. höchsten Orts einberichtet und hierüber die Decision eingeholt würde. Dann daß diese Gerichtsordnung nicht mehr in Observanz, als worzu eine praescriptio immemorialis erfordert wird, solches können die Appellaten, da die quästionirte Gerichtsordnung noch in anno 1752. als ein Landesgesetz erklärt ist, ohnmöglich beweisen. Ich fürchte auch, wann dergleichen alte Ordnungen noch mehr zum Vorschein kommen sollten, hieraus noch mehrere Processe entstehen, und hieraus ein völliges ius incertum entspringen wird.

Voto huic convenienter a Serenissimo legislatore quaestionis praesentis decisio petita et impetrata est. En quae desuper acta sunt singula:

Actum Cassel bey Fürstlichem Oberappellationsgericht den 21ten May 1766. 6

Es lieget gegenwärtig ein Fall zu rechtlicher Entscheidung vor, wobey es auf die zwey Rechtsfragen ankommt:

1) Ob in der successione ab intestato der Mutter vollbürtige Schwestern zu der von ihrer Schwester Sohn hinterlassenen Erbschaft näher sind, wie des Vatters Halbschwestern, und überhaupt ob also, wann jemand ohne Erben ab intestato in linea descendenti, und ascendentibesgleichen ohne Geschwister verstirbt, sondern nur Vaters- und Mutter-vollbürtige und Halbgeschwister hinterlässet, die letztere mit erben, oder von jenen ob duplicitatem vinculi ausgeschlossen werden?

2) Ob nicht, wann Vatter- und Mutterschwestern zusammen erben sollen, dieses praevia bonorum separatione also geschehen müsse, daß jene das was von des defuncti

Vatter hergekommen ist, und diese dessen mütterliches Vermögen zu empfangen haben?

Bey dem Oberappellationsgericht ist man per maiora mit der Regierung allhier darinen verstanden, daß nach den gemeinen Rechten ausserhalb Sachsen die duplicitas vinculi ultra fratres eorumque liberos nicht attendiret, sondern blos auf den Grad der Verwandschaft gesehen werde, auch keine separatio bonorum, welche in Sachsen gänzlich cessiret, statt finden könne.

LAVTERBACH. *Coll. th. pr. Lib. 18. post Tit. 17. de succeſſ. iur. noviſſ. ſec. Nov. 118. §. 37. ſeq.*

STRVV. *S. I. C. Ex. 38. th. 36.*

Nachdem sich aber dieser Fall in der hessischen Gerichtsordnung de ao 1497. ob solche gleich dem römischen oder damals sogenannten neuen Recht mehrentheils gleichförmig abgefasset worden, ganz anderst decidiret findet, daß nehmlich der Mutter vollbürtige Geschwister des Vatters Halbgeschwister ausschliessen, weniger nicht, wann vom Vatter und Mutter Halbgeschwister vorhanden sind, diese in dem Mütterlichen und jene in dem Vätterlichen erben sollen, und obwohl die Partheyen sich auf diese Gerichtsordnung gar nicht, sondern auf die gemeine Rechte berufen, dennoch dasjenige was rechtens ist, auch ohne der Partheyen Anhandgebung ex officio billig gewahret werden muß: So kommt es hierbey auf die Präjudicialfrage an: wie weit diese Gerichtsordnung de anno 1497. pro norma decidendi angenommen werden könne oder nicht?

Auf der einen Seite ist es an dem, daß diese zu Maynz gedruckte Verordnung nicht von denen damals in Hessen regierenden, und mit einander in Unwillen verfallenen beyden Herren Landgrafen WILHELMO medio et iuniore, sondern nur von einem, und zwar wahrscheinlicher Weise von dem letzteren verfasset und publiciret worden;

Marburgische Anzeigen *de anno 1763.* 5tes Stück.

folglich ihrem Ursprung nach nur in Oberhessen oder dem Fürstenthum an der Lohna gegolten, und kein allgemeines Landesgesetz gewesen; vielmehr war Landgraf Wilhelm der mittlere, welcher anno 1500. über ganz Hessen regierender Herr geworden, um das Jahr 1506. damit beschäftiget, eine gemeine Landesordnung verfassen zu lassen, und dadurch besonders bey Erbfällen allen Weitläuftigkeiten abzuhelfen, und zwar dergestalt, daß er dabey die Gewohnheiten der Städte, welche er des Endes in die Canzeley vorbescheiden ließe, zum Grund legen wollte; ja obgleich diese allgemeine Landesordnung nicht zum Stande gekommen: so scheinet jedoch auch die Ordnung de anno 1497. nicht einmal in Oberhessen, vielweniger durchgängig im ganzen ganzen Lande zur Observanz gekommen zu seyn, da nicht allein der Hofgerichts-Advocat Abraham Sauer zu Marburg in seinem anno 1580. herausgegebenen Buch sub titulo güldener Fluß von Erbschaften

Part. 3. Cap. 3. p. m. 249.

klaget, wie die Verordnung de anno 1497. nach welcher die Eltern ihre Kinder nicht allein erbten, sondern deren Geschwister zugleich Miterben seyen, an viel Enden übel gehalten werde, wiewohl, es aus den neuen Rechten gegründet sey, sondern auch weyland Herr Landgraf LVDOVICVS testator anno 1572. von den Städten des Oberfürstenthums über ihren Landsbrauch in solchen Erbfällen, welche sonst nach der Verordnung de anno 1497. ihre Erledigung gehabt hätten, Erkundigung

ung eingezogen und befunden hat, daß es ratione succeſſionis nach eines jeden Orts Landbrauch, und nicht auf einerley Weiſe, vielweniger nach obiger Ordnung von 1497. gehalten werde;

S. die Marburg. Beyträge 3. Stück.

add. OLDENDORP. *progymn. act. for. Cl. 5. act. 6. pract. III.*

Conſil. Marp. Vol. I. Conſ. 2. n. 8.

bey welchen Umſtänden um ſo weniger zu glauben iſt, daß das Samthofgericht und die Regierungen hier und zu Marburg in vorkommenden Fällen auf dieſe vielen nur dem Nahmen nach bekannte, und erſt jetzo wieder durch den Druck der Sammlung heſſiſcher Landesordnungen gemeiner werdende Verordnung de anno 1497. oder auf die immer mehr in Abgang gekommene öfters in actis gar nicht angezogene Localgewohnheiten ſollten geſprochen und nicht vielmehr die gemeine Kayſerl. beſchriebene Rechte ſchlechterdings zum Grunde genommen haben, worauf der Hofrichter und Beyſitzer in der Ordnung gewieſen waren, wann keine Gewohnheiten angezogen, und da nöthig, bewieſen würden, und welche wie notoriſch iſt, die ehemalige Gewohnheiten bey der ſucceſſione ab inteſtato, welche mit der Zeit ſchlechterdings nach dem iure romano abgemeſſen worden, gänzlich verdrungen haben.

Auf der anderen Seite aber möchte dieſem im Wege ſtehen, daß die Verordnung de 1497. nachhero, wie ganz Heſſen beyſammen und darüber das Samthofgericht zu Marburg beſtellet, auch auf redliche, erbare Statuten, Ordnungen und Gewohnheiten des Fürſtenthums und Landſchaft gewieſen war, anno 1531. zu Frankfurt und 1557. zu Marburg wieder aufgelegt, auch vom Hofgerichtsadvocat Sauer anno 1589. in ſeinem faſciculo iudiciario von neuem ediret;

Marburgiſche Anzeigen von 1763. 5. Stück.

folglich für ein abgeſchafftes und auſſer Obſervanz gekommenes Geſetz nicht geachtet, hingegen für ein allgemeines heſſiſches ſtatutum, wie wenigſtens der Reichshof-Rath von Senckenberg der Meynung iſt, angeſehen worden; und obgleich der Geſetzgeber Landgraf Wilhelm III. fürnemlich das gemeine Recht vor Augen hat, ſo ſetzt doch derſelbe den Landesbrauch in Oberheſſen gar nicht auf die Seite, ſondern hat darauf mit ſein Abſehen, und ſuchet beyderley Rechte gleichſam mit einander zu verbinden, und die befundene Widerſprüche in den Localgewohnheiten zu heben, mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, die Ordnung aus täglichem Bericht der Unterthanen und der Gerichte Uebung zu mehren und zu beſſern, wie aus Einſicht der Vorrede und verſchiedener Articul von ſelbſt in die Augen fällt.

Art. 27. 32. 33. 34. 37.

Dieſer Landesbrauch aber, welcher ſich in den mehreſten Stücken des Hauptwerks, beſonders was die ſucceſſionem coniugum betrifft, durch ganz Heſſen erſtreckt hat,

S. alte Gewohnheit und Stadtrecht zu Caſſel *d. ao. 1300. in* KVCHENBECKER *anal. Haſſ. coll. 4. pag. 291.*

und denen zwar bald auf dieſe bald auf jene Art von einander abgehenden teutſchen Rechten und Gewohnheiten überhaupt gemäß iſt,

HEINECC. *Elem. iur. germ. Lib. 2. Tit. 9. §. 262. ſeqq.*

CARPZ. *P. 3. C. 7. 20. 33.*

und noch anno 1572. in Uebung gewesen, gehet weit weniger von der Verordnung de anno 1497. als von den gemeinen Rechten selbst ab; folglich scheinet das wenigste, was man thun kann, dieses zu seyn, daß man sich so lange, bis eine andere annoch in Observanz seyende Localgewohnheit gezeigt wird, an diese Ordnung halte, und derselben ohne Unterschied in Ober- und Niederhessen zu Vermeidung aller Verwirrung um so mehr nachgehe, als dasjenige, was den Landesordnungen und kundbaren Gewohnheiten zuwider nach den gemeinen Rechten in neueren Zeiten beurtheilet worden, mehr vor einen Mißbrauch anzusehen, als daß solches in künftigen Fällen zur Consequenz zu ziehen seyn möchte; bevorab in der jüngeren Proceßordnung de anno 1745. §. 38. seqq. dasjenige, was in der Verordnung de 1497. §. 28. enthalten ist, wegen des darüber entstandenen und auf die gemeine Rechte seine Beziehung habenden Zweifels nicht allein erneuert, sondern auch in dem gnädigsten Erläuterungsrescript vom 20. Dec. 1752. sich auf obige alte Verordnung nahmentlich bezogen wird.

Weil aber die Frage: ob man in vorkommenden Fällen auf die erweisliche Gebräuche und vorhandene hessische Landesordnungen, wann solche gleich öfters bald aus Unwissenheit der Parthey oder ihres Advocaten, theils auf andere Zufällige Weise ausser Acht gelassen worden, insbesondere aber in gegenwärtigem Fall auf die Ordnung von 1497. oder aber auf die gemeine Rechte sprechen, mithin jene Verordnung für abgeschafft achten solle, nicht sowohl auf einer richterlichen Entscheidung, als vielmehr auf höchster landesherrlicher Verordnung beruhet, und eben sowohl eine gnädigste Decision zu erforderen scheinet, als solches in Ansehung zweifelhafter Rechtsfragen in der Oberappellationsgerichtsordnung Tit. 5. §. 13. vorgeschrieben ist: So hat man hiervon unterthänigste Anzeige thun, und die höchste Resolution zu schuldigster Nachachtung sich gehorsamst erbitten, und ob allenfalls der Regierung allhier und zu Marburg gutachtliche Meynung hierüber zu erfordern seyn möchte, unterthänigst anheim geben sollen.

Unterthänigstes Gutachten von allhiesiger Fürstl. Regierung d. d. den 7ten Junii 1766.

P. P.

Auf wieder angebogenen Bericht vom Hochfürstl. Oberappellationsgericht, die Entscheidung einer bey der successione collateralium vorkommenden Rechtsfrage betreffend, das gnädigst erforderte Gutachten pflichtschuldigst zu erstatten: so dürfte heutiges Tages keinem Zweifel mehr unterworfen seyn, daß die Gerichtsordnung de A. 1497. von Herrn Landgraf WILHELMO juniore herrühre, und da dieser nur allein das Fürstenthum an der Lohna beherrscht, auch nur allda gegolten, natürlicher Weise also in dem Niederfürstenthum keine vim legis gehabt haben müsse. Es entspringet daher nur die Frage: ob solche 1) nachher in dem Niederfürstenthum recipiret und zu einem allgemeinen Landesgesetz gemacht worden, oder 2) bloserdings in dem Oberfürstenthum beybehalten sey?

Die Gründe, welche in der Oberappellationsanzeige pro affirmativa der ersteren Frage angeführet werden, dürften solche nach der Regierung Ermessen, nicht hinreichend bewähren.

Dann aus der dem Samthofgericht ertheilten Fürschrift folget zwar alle Zeit soviel, daß dasselbe nach denen Gewohnheiten und statutis, auch Landesordnungen vorzüglich vor dem iure communi,

muni, in iudicando ſich achten ſolle; gleichwohl hat ſelbiges in Fällen, welche aus dem Niederfürſtenthum Heſſen dahin gediehen, den bekannten Rechts principiis gemäs, ſo wenig nach denen im oberheſſiſchen hergebrachten Gewohnheiten, als einer daſigen conſtitutione provinciali, wie die Gerichtsordnung de anno 1497. ohnſtrittig iſt, die Entſcheidung abmeſſen dürfen, vielmehr darin das hieſige Landrecht, oder in deſſen Ermangelung das ius romanum zur Richtſchnur nehmen müſſen. Daß aber nach demſelben in cauſis ſucceſſionum dahier ſtets und durchgängig geſprochen werde, beſtärket die tägliche Erfahrung, und wird daher nicht leicht jemand, der dieſe Ordnung durch die neue Sammlung der heſſiſchen Conſtitutionen kennen lernet, und von dem Geſetzgeber, daß er blos im Oberfürſtenthum regieret, nur wahrnimmt, ſolche zu Beſtärkung ſeiner Gerechtſame bey denen niederheſſiſchen foris, gegen das ius romanum anzuziehen, ſich getrauen.

Die Meynung des Reichshofraths von Senckenberg, welcher dieſe Gerichtsordnung für ein allgemeines heſſiſches Geſetz ausgiebt, hat alſo keinen zureichenden Grund, zumalen die von ihm in den Sel. iur. et hiſt. Tit. III. und V. desgleichen in der commentatione de iure Haſſorum privato herausgegebene ſtatuta einiger heſſiſchen Städte von der duplicitate vinculi in ſucceſſione collateralium ultra fratrum liberos nicht das mindeſte beſtimmen, noch erwähnen.

Ohnehin kann die Privatmeynung eines Rechtsgelehrten, wie aus dem Exempel des Landrechts, welches von den drey Gebrüdern Herren Landgrafen Wilhelm, Ludwig und George emaniret ſeyn ſoll, offenbar erhellet, die Gültigkeit eines Geſetzes nicht wohl erweiſen. Der Amtſchultheiß Henrich Anton Geiße hat dieß Landrecht nicht nur in ao. 1703. zu Hanover drucken laſſen, ſondern ſogar ein Promulgationsmandat von Herrn Landgraf Carl piae memoriae, pag. 391. vorangeſetzt. Viele angeſehene heſſiſche Rechtsgelehrte, und noch ganz neuerlich der Vicecanzlar Kortholt zu Gieſen, haben ſolches für ein allgemeines heſſiſches Recht ausgegeben; und dennoch weiß man dahier zuverläſſig, daß daſſelbe niemals zu Stande gekommen, und daß daher der Vicecanzlar Waldſchmidt in diſſ. de ſingular. quibusd. et antiq. in Haſſia iuribus C. r. §. 7. ganz recht gehabt, wann er von ſothaner Collection verſichert, daß ſie ohne landesherrliche Bewilligung und Autorität durch ein bloſes Privatunternehmen ans Licht getretten.

Zwar kann es gar wohl ſeyn, daß der 38te und folgende §phi der neuen Proceßordnung aus der Gerichtsordnung de anno 1497. entlehnet worden, bevorab das deshalb an die Juſtizcollegia ausdrücklich beziehet. Allein eben daher, daß bey der am 29ten Dec. 1752. ergangene Erläuterungsreſcript auf die viel gedachte Gerichtsordnung ſich im Druck vorliegenden Proceßordnung nicht für rathſam befunden worden dieſe alte Verordnung zu allegiren, läſſet ſich allemal mit Grund ſchlieſſen, daß dieſelbe pro lege Haſſiaca univerſali nicht gehalten ſeyn müſſe: Ohnehin aber kann die in dem nachhergen reſcripto beſchehene Anführung nicht zum Beweis dienen, daß ſothaner lex provincialis alles ſeines Inhalts im Lande durchgängig recipiret ſeyn ſolle, ſondern nach den Reguln der Interpretation darf man lediglich nur in dem erläuterten paſſu auf dieſe Gerichtsordnung recurriren, und bleibt es mithin ausgemacht, daß ſolche weder durch die Obſervanz noch durch einen landesherrlichen Befehl ein ius provinciale univerſale geworden, einfolglich in

Nieder-

Digitized by Google

Niederhessen in causis successionum bey dem Abgang einer Localgewohnheit nur allein nach den gemeinen Rechten zu erkennen gewesen sey.

Ob nun aber 2) diese Gerichtsordnung im Oberfürstenthum allenthalben bey Kräften geblieben, ein solches stehet zwar dahier mit Zuverlässigkeit nicht zu beurtheilen; soll man aber der Versicherung des Hofgerichts Advocati Abraham Sauers, die in dem anno 1580. von ihm edirten Buche enthalten ist, nachgehen: so möchte diese Gerichtsordnung, ohnerachtet sie noch anno 1557. in Marburg wieder aufgelegt worden, in den Successionsfällen wenigstens schon damals nicht groß im Gebrauch gewesen, nachher aber dabey um so gewisser in Abgang gekommen, und das römische Recht vollends durchgedrungen seyn, als ansonst Herr Landgraf Ludewig zu Marburg, wie in der Oberappellationsgerichtsanzeige ebenfalls bemerkt ist, nicht nöthig gehabt hätte, von denen differenten Stadtgebräuchen, welche guten Theils gegen die Gerichtsordnung angehen, die fernere Erkundigung einziehen zu lassen. Aber gesetzt indessen, daß sie jetzt noch im Oberfürstenthum in usu wäre, so dürfte doch deren Extension auf das Niederfürstenthum, um dahier ein gleiches Recht einzuführen, nicht einmal anzurathen seyn.

Dann da es ausgemacht ist, daß die statuta oder leges provinciales aus dem Rechte, woraus sie ursprünglich hergenommen sind, ihre Auslegung und Erläuterung herholen müssen: so kann man auch keinesweges in Zweifel ziehen, daß nicht der Successionsfall, welcher die dermalige Anfrage veranlasset, aus dem römischen Rechte in die oft ermeldete Gerichtsordnung eingeflossen. Dann daß die Teutschen von dem Vorrechte der vollen Geburt ursprünglich nichts gewußt, sondern dieses aus dem römischen Recht allererst erlernet, und daher die Parömie, die halbe Geburt tritt ein Glied weiter zurück, ihrer Gewohnheit nach formiret, das römische Recht gleichwohl die duplicitatem vinculi ultra fratrum liberos bey der Erbfolge der collateralium gar nicht in Betrachtung gezogen, dieß hat der Oberappellations Rath von PUFENDORFF Tom. II. obs. 193. auf eine überzeugende Art nicht nur erwiesen, sondern auch von denen statutis, welche die duplicitatem vinculi weiter extendiren, und nahmentlich von dieser Gerichtsordnung de 1497. das Urtheil gefället, daß solche ex erronea interpretatione ihren Ursprung habe. Dieserwegen dürfte also weit eher die Ordnung, wofern sie im Oberfürstenthum noch gilt, in diesem passu zu emendiren, als sothaner error auch in dem Niederfürstenthum einzuführen seyn:

Als wohin man das erforderte Gutachten hierdurch unterthänigst erstatten, und darauf das weitere höchstem Ermessen gehorsamst anheim stellen sollen.

Unterthänigstes Gutachten, von Fürstl. Regierung zu Marburg d. d. Marburg den 28ten Junii 1766.

P. P.

Eurer Hochfürstl. Durchlaucht hat Höchst Dero Oberappellationsgericht in den hierbey wieder zurückgehenden unterthänigsten Anzeige zwey Rechtsfragen vorgeleget:

1) Ob in der successione ab intestato der Mutter vollbürtige Schwestern zu der von ihrer Schwester Sohn hinterlassenen Erbschaft näher sind, wie des Vatters Halbschwestern, und überhaupt, ob also, wann jemand ohne Erben ab intestato in linea descenden-

cendente und aſcendente, desgleichen ohne Geſchwiſter verſtirbt, ſondern nur Vatters und Mutter vollbürtige, und Halbgeſchwiſter hinterläſſet, die letztere mit erben, oder von jenen ob duplicitatem vinculi ausgeſchloſſen werden?

2) Ob nicht, wann Vatter- und Mutterſchweſtern zuſammen erben ſollen; dieſes praevia bonorum ſeparatione alſo geſchehen müſſe, daß jene das, was von des defuncti Vatter herkommen iſt, und dieſe deſſen mütterliches Vermögen zu empfangen?

und um gnädigſte Verordnung gebeten, ob in einem jetzo zur Entſcheidung vorliegenden, und etwa künftig vorkommenden ähnlichen Fällen nach der heſſiſchen Gerichtsordnung de ao. 1497. oder nach den gemeinen Rechten geſprochen, mithin jene Verordnung für abgeſchafft gehalten werden ſolle?

Da man nun, wie Wir aus dieſer unterthänigſten Anzeige erſehen haben, bey Fürſtl. Oberappellationsgericht per maiora mit Fürſtl. Regierung zu Caſſel verſtanden iſt, daß nach denen gemeinen Rechten auſſerhalb Sachſen die duplicitas vinculi ultra fratres eorumque liberos nicht attendiret, ſondern blos auf den Grad der Verwandſchaft geſehen werde, auch keine ſeparatio bonorum, welche in Sachſen gänzlich ceſſiret, ſtatt finden könne; und dann auch Unſer unterthänigſt ohnmasgebiges Guthachten darüber per extractum Geheimenrathsprotocolli d. d. Caſſel den 27ten May a. c. erfordert worden: So ſind Wir, um ſolches gehorſamſt zu erſtatten, damit völlig einverſtanden, daß nach Maasgabe der gemeinen Rechte, bey denen cognatis, welche ſecundum gradus praerogativam ſuccediren, ſo wenig die duplicitas vinculi, als die diſtinctio und ſeparatio bonorum ſtatt habe; und ſolchergeſtalt wird allhier in dergleichen Fällen bis auf dieſe Stunde geſprochen, wie dann noch ohnlängſthin in Sachen Michel und Henrich Combächers zu Nieder Aſphe, Amts Wetter, contra Matthäus Koch et Conſorten die Appellationsproceſſus abgeſchlagen und pure remiſſoriales ſind erkannt worden, weilen ſich befunden, daß der iudex a quo die Erbſchaft quaeſtionis denen von väter- und mütterlicher Seite vorhandenen, ſowohl vollbürtigen als halbbürtigen Geſchwiſtern zu gleichen Theilen zuerkannt, und alſo nach denen gemeinen Rechten geſprochen hatte. Daß bey hieſiger Regierung, wenigſtens in denen neueren Zeiten, anderſt, und zwar nach der Verordnung de Ao. 1497. geſprochen worden, davon iſt nichts bewuſt, und dahero auch faſt zu zweifeln, daß ſothane Verordnung jemalen zu einer beſtändigen und durchgehenden Obſervanz gekommen ſeye; bevorab, da ſolche auch in einigen andern Puncten längſtens nicht mehr in Uebung geweſen iſt. Aus dieſen Urſachen wären Wir der unterthänigſt ohnmasgebigen Meynung, daß es hierinnen bey denen gemeinen Rechten, als wornach in ähnlichen Fällen allhier bishero iſt geſprochen worden, auch hinführo zu laſſen ſeyn möchte. Wir beharren ꝛc.

Extract Geheimenrathsprotocolli d. d. Caſſel den 1ten Julii 1766.

No. 207. die Entſcheidung einer bey der ſucceſſione collateralium vorkommenden Rechtsfrage betreffend:

Reſol. die beyden Gutachten ſind in Abſchrift zum Oberappellationsgericht abzugeben, um in vorkommenden dergleichen Fällen nach den gemeinen Rechten zu ſprechen.

DECISIO CLXXXVI.

ARGUMENTA GENERALIA:

I. Differunt ſervitus luminum et ius aperiendi feneſtras in proprio pariete, per ſtatuta negatum.

II. De novi operis nunciatione.

SUMMARIA.

Caſus, in quibus aedificatio nunciato praeſtita cautione permitti non debet. n. 1. 2. 3.
Iudici hodie liberior facultas eſt, aeſtimatis circumſtantiis, cautionem aut admittendi aut reiiciendi; n. 4.
In qua aeſtimatione et favor publicus aedificiorum aliquid momenti habet. n. 5.
Quid ſit ſervitus luminum? n. 6.
Et quid ſervitus aperiendi feneſtram in proprio pariete? n. 7.
Ab hac ad illam non procedit concluſio. n. 9.
Quid ad probandam ſervitutem ne luminibus officiatur, requiratur? n. 8.
Quantum ſpatii ſervitus ſtillicidii comprehendat? n. 10.

SENTENTIA.

In Sachen des Generalfruchtſchreibers von Ende, und deſſen Ehefrau, wider den Poſtmeiſter Reinück und deſſen Ehefrau, appellationis, nunciationem novi operis betreffend: wird allem An- und Vorbringen nach zu Recht erkannt:

daß es bey dem commiſſariſchen Beſcheid vom 6ten Nov. 1744. zu laſſen, und die dagegen von hieſiger Regierung unterm 25ten Febr. 1745. ergangene remiſſoriales wieder aufzuheben. Inmaſſen Königl. Fürſtl. O. A. G. es dabey läſſet und wieder aufhebet, compenſatis expenſis V. R. W.

Publicata die 7. April. 1747.

FACTUM.

Die beyden Häuſer der litigirenden Theile haben vormals einem Herrn zugehört. Im Jahr 1663. aber iſt das eine davon von dem Eigenthümer an Baſilius Reinück dergeſtalt verkauft worden:

daß der Käufer ſich an dem gekauften Hauſe der Dachtraufe nach der Thorfahrt zu, wie auch nothdürftiger offener Fenſter in den Kammern zu Gewinnung Luft und Tagelichts gebrauchen ſolle ꝛc.

und

Digitized by Google

und ſtehet gegenwärtig den Appellaten zu; das andere aber beſitzen die jetzige Appellanten. Dieſe haben im Jahr 1744. angefangen in ihrem Hofe an der Seite des Reinückiſchen Hauſes eine Mauer aufzuführen. Die Appellaten aber nunciirten ihnen novum opus, und wurden durch den von der Regierung zur Unterſuchung der Sache verordneten Commiſſarium angewieſen, den Originalkaufbrief in termino praefixo den 17ten Jul. 1744. zu produciren. Weil aber dieſem iniuncto bis in den November deſſelben Jahres kein Genüge geſchahe: ſo baten die Appellanten ihnen ſub cautione die Fortſetzung des Baues zu erlauben, und erhielten am 6ten Nov. den commiſſariſchen Beſcheid:

> Wird nunmehro den Impetranten die Ausbauung der Mauer quaeſtionis gegen die von ihnen eingelegte und denen Impetranten zu ihrer Verſicherung in originali auszuhändigende Caution de demoliendo, in caſum ſuccumbentiae, jedoch daß Impetrati ſothane Caution noch zuvor gerichtlich confirmiren laſſen ſollen, verſtattet.

Auf ergriffene Appellation aber gab die Regierung am 25ten Febr. 1745. remiſſoriales des Inhalts:

> daß der Commiſſarius vorkommenden Umſtänden nach, mit Ausſetzung des puncti cautionis, mit Unterſuchung der Hauptſache fortfahren, und ſelbige forderſamſt zu Ende bringen ſolle,

von welchen dann der Generalfruchtſchreiber von E. weiter an dieſes Gericht provocirte.

VOTVM.

Es kommt in dieſer Sache dermalen noch nicht auf die Entſcheidung der Hauptſache, ſondern blos darauf an:

> Ob der quäſtionirte Bau, wie von dem Commiſſario Burgermeiſter R. erkannt worden, gegen die von den Appellanten eingelegte Caution zu verſtatten, oder nach Innhalt der Regierungsremiſſorialien mit Ausſtellung des Cautionspuncts erſt die Hauptſache auszumachen ſey?

und die Beantwortung dieſer Frage hänget von der weitern Unterſuchung ab:

> Ob die nunciantes durch den producirten Originalkaufbrief, oder ſonſten ihr ius prohibendi bereits ſo weit in actis dargethan, daß man den quäſtionirten Bau vorläufig ſchon für unerlaubt halten könne?

RATIONES DVBITANDI

So viel nun die letztere Frage betrifft, führen zwar die nunciantes an, ſie befänden ſich

1) in poſſeſſione vel quaſi ſervitutis luminum et ne luminibus officiatur, und ſey

2) ſothane Poſſeſſion durch den producirten Kaufbrief beſtens colorirt worden, als worin ihnen die Fenſter in ihrem Hauſe zu Gewinnung Luft und Tagelichts von Seiten des G. iſchen Hauſes verſtattet, und woraus auch folgte, daß ſolche von dem domo ſerviente nicht obſcurirt werden könnten, cum qui vult finem etiam media voluiſſe cenſeatur; bey ſo erheblich und klarer Bewandniß aber

3) es auch in Anſehung der erſteren Frage um deſto mehr ſcheinet, daß die Regierung in den remiſſorialibus a quibus ganz recht verordnet habe, es ſey die Caution de demoliendo nicht zu admittiren, ſondern die Hauptſache erſt auszumachen, als

1 4) dasjenige, was ſonſten de permittendo aedificio erga cautionem de demoliendo, ſi nuncians praeſtituto tempore eius iniuriam non deduxerit,

in L. un. C. de nov. op. nunc.

verſehen, alsdenn ſeinen Abfall leidet, ſi certum eſt, ita ut coeptum aedificari non poſſe. Quemadmodum enim legum transgreſſio ſub cautione aliqua nunquam erit licita, ita nec permittendum contra illam ſub ſatisdatione aedificari;

MEV. *P. 6. Dec. 140.*

2 ingleichem wann der nuncians ſein ius prohibendi nur veroſimiliter dargethan;

LEYSER *Med. Sp. 126. Med. 9.*

3 oder ſi ex aedificatione nuncianti inſigne damnum immineat; cum hodie DD. iudici liberiorem
4 facultatem tribuant, ut aeſtimatis circumſtantiis decernat, utrum cautioni locus eſſe debeat nec ne; iuxta

WERNHER. *P. 2. Obſ. 374.*

GAIL. *P. 1. Obſ. 16.*

welches

5 5) um ſo mehr Application finden möchte, als nunciati kein zur Zierde und Anſehen der Stadt gereichendes Gebäude, ſondern nur eine bloſe Mauer aufzuführen geſonnen, wobey der favor publicus aedificiorum ceſſire; übrigens

6) die von dem Commiſſario angeführte Ration, als ob nunciantes die Sache erſitzen laſſen, ungegründet ſeye; indem vielmehr nunciati verurſacht, daß der terminus zu Producirung des Kaufbriefs rückgängig worden, und endlich

7) der Bau auch deswegen ohnmöglich vor ſich gehen können, weilen ihnen durch die nur zwey Fuß vier Zoll von ihrem Hauſe abgeſetzte Mauer ſo gar das geſtändige in dem Kaufbrief klar eingeräumte Dachtraufenrecht, benommen werden würde.

RATIONES DECIDENDI.

Allein deſſen allem ohngeachtet hält Referens bey der oben prämittirten letzteren Frage das angegebene ius prohibendi noch zur Zeit weder liquido noch veroſimiliter, weder in poſſeſſorio noch petitorio dargethan.

Dieſes iſt auſer Zweifel, daß die nunciati auf dem ihrigen bauen, hingegen iſt noch nicht ausgemacht, was die nunciantes vor ſervitutes, ſolches zu verhindern haben. Sie geben zwar ſervitutem luminum, et ne luminibus officiatur an; gleichwie aber dieſes zwey ganz unterſchiedene ſervitutes ſind, und jene dieſe nicht nothwendig in ſich begreift: ſo iſt auch die *ſervitus luminum* hier ganz unerfindlich.

6 Die ſervitus luminum beſtehet eigentlich darin, ut in pariete alieno vel communi liceat feneſtram habere lumenque neceſſarium inde reçipere.

L.

L. 40. de ſerv. praed. urb.
L. 16. eod.

ſi vero per ſtatutum invaluit, non licere habere feneſtras in proprio pariete protendentes 7
in alienam aream, tunc oritur inde ſervitus aperiendi feneſtram in proprio pariete.

STRYCK. *V. M. Tit. de ſerv. praed. urb. §. 9.*

Wann nun in dem producirten Kaufbrief dem R. iſchen Hauſe nothdürftige offene Fenſter in ihrer eigenen Wand zugeſtanden werden, welches ſonſten nach den hieſigen ſtatutis regulariter nicht erlaubt iſt: ſo ſiehet ein jeder, daß hier keine ſervitus luminum, ſondern nur eine ſervitus feneſtras aperiendi vorhanden ſeye, darüber dann kein Streit iſt, und welche die libertatem naturalem in ſuo aedificandi keinesweges einſchränken kann.

Die *ſervitutem ne luminibus officiatur* aber anlangend, ſo hätten nunciantes, wenn ſie 8
deſsfalls eine poſſeſſionem vel quaſi vorſchützen, dabey als bey einer ſervitute negativa, nothwendig eine Prohibition cum acquieſcentia alterius beweiſen müſſen.

BOEHMER. *ad Pand. L. 8. T. 1. §. 3.*

Dieſes iſt aber von ihnen in actis nicht geſchehen, und fällt alſo die Poſſeſſion zuforderſt deſsfalls gänzlich weg.

Hiernächſt erſcheinet auch in petitorio aus dem producirten Kaufbriefe ſo klar noch nicht, daß die Worte, offene Fenſter zu nothdürftiger Luft und Tageslichte eine ſervitutem ne *luminibus officiatur* bedeuten ſollen.

Denn eines Theils iſt ganz was anders, wenn ich zugebe, daß jemand gegen die ſtatuta loci 9
offene Fenſter zu nothdürftiger Luft und Tageslicht in meinem Hofe haben kann, als wodurch ich mir die meinem Nachbar zuſtehende, aber per ſtatuta reſtringirte Freyheit in ſeiner Wand offene Fenſter zu machen, reſtituire, der meinigen aber dadurch nichts benehme, und ein anders iſt, wenn ich mich verbinde, die Fenſter durch das Bauen auf dem Meinigen nicht zu obſcuriren, als wodurch allererſt die ſervitus ne luminibus officiatur eingeführt wird, und daher dürfte bey einer über die Hauptſache erfolgenden Deciſion eine groſe Frage ſeyn, ob nicht ohngeachtet der verſtatteten offenen Fenſter zu Luft und Licht annoch eine ausdrückliche Conſtitution der Servitut ne luminibus officiatur, erfordert werde, welche doch in dem producirten Kaufbrief nicht enthalten, und worinen man ſich dermalen weiter einzulaſſen nicht nöthig hat; andern Theils iſt hierbey zu erwegen, daß den Nuncianten durch den vorhabenden Bau nicht alles Licht benommen werde, und da ihnen die Fenſter in dem Kaufbrief nur zu nothdürftigem Licht verſtattet worden, ſo entſtehet darüber ebenfalls eine bey der Hauptſache erſt zu erörternde Frage, was hierunter zu verſtehen, und ob die nunciantes nicht dennoch das nothdürftige Licht behalten, wenn gleich der Bau der Mauer vor ſich geht.

Endlich ſchützen die nunciantes auch das Dachtraufenrecht, oder ſervitutem ſtillicidii vor. Darüber aber haben ſie ſich gar nicht zu beſchwehren Urſach, weilen ſolches nach der hieſigen Ob- 10
ſervanz mehr nicht, als zwey Fuß erfordert, die Mauer aber zwey Fuß vier Zoll von dem R. iſchen Hauſe abgeſetzt iſt.

Alles dieſes kommt jedoch hier nur ſoweit in Erwegung, als die Zulaſſung der Caution darauf beruhet, und um zu erkennen, daß das ius prohibendi in Anſehung der vorgeſchützten Servituten luminum et ne luminibus officiatur, item ſtillicidii, theils ohngegründet, theils noch gar nicht liquidum ſey, woraus auf die erſtere prämittirte Frage folget, daß auch das Bauen gegen die von nunciantes eingelegte Caution allerdings zu verſtatten, und es desfalls bey dem commiſſariſchen Beſcheid zu laſſen, hingegen die Regierungscommiſſorialos wieder aufzuheben ſeyen; allermaſſen dasjenige, was oben in rationibus dubitandi vorgekommen, nunmehro keine Reflexion verdient. Dann ad

1) iſt die gerühmte poſſeſſio vel quaſi ſervitutis ne luminibus officiatur nicht erwieſen, und eben ſo wenig läſſet ſich ad

2) aus dem producirten Kaufbrief, wogegen an Endiſcher Seite ohnedem noch verſchiedene andere Einwendungen gemacht werden, ein apodictiſcher Beweis ſothaner Servitut in petitorio nehmen; mithin da ad

3) das ius prohibendi weder liquidum noch veroſimile, das von nunciantibus vorgegebene damnum inſigne aber blos darinnen beſtehet, daß ſie bis zu ausgemachter Hauptſache etwas Licht verliehren: ſo iſt auch ad

4) hier keine von den allegirten ICtis contra expreſſam ſanctionem iuris in

L. un. C. de nov. op nunc.

ſtatuirte Exception vorhanden, als worin ad

5) der Umſtand, ob nuncianti nur eine Mauer bauen, oder wie ſie in actis declariren, ein Gebäude darauf ſetzen wollen, ebenfalls nichts alterirt, indem die ratio dict. L. un. nicht allein in favore aedificiorum, ſondern auch naturalis libertatis beſtehet; ad

6) iſt das tempus legale trium menſium zu Docirung eines iuris prohibendi bey Ertheilung des commiſſariſchen Beſcheides einmal vorbey geweſen, und hiernächſt keine Frage mehr, *an iure quis aedificet vel non*, cum ſecurus ſit is, qui novum opus nunciavit, poſtquam ei cautum eſt. Dem Vorgeben aber, als ob die Zeit nicht culpa nunciantium vorbeygegangen, contradiciret der Commiſſarius in dem Beſcheide ſelben, und iſt auch ein anders ex actis und dem protocollo, die nunciantes mögen ſagen was ſie wollen, nicht zu ſehen, und letzlich ad

7) bleibet den nunciantibus das Dachtraufenrecht, wie oben gezeiget, allerdings in ſalvo. Welchemnach ꝛc. ꝛc.

DECI-

Digitized by Google

DECISIO CLXXXVII.

ARGUMENTUM GENERALE:
DE EXCEPTIONE NOMINATIONIS AVCTORIS.

SVMMARIA.

Ab omnibus, qui tenent et reſtituendi facultatem habent, regulariter peti poteſt. n. 1.
Actio confeſſoria utilis ex iure venationis datur contra impedientes et turbantes n. 2.
An exceptio nominationis auctoris in poſſeſſorio locum habeat, dubium quibusdam videtur. n. 3.
Nonnulli etiam Doctores putant ſolam nominationem non ſufficere, ſed denunciationem, ſumtæ denunciantis faciendam accedere debere. n. 4.
Colonus domino fundi in iure ſuo praeiudicium inferre nequit. n. 5.
Ideoque rei vindicatio non competit contra conductorem. n. 6.
Sed conductor exceptione nominationis auctoris tutus eſt; n. 7.
Quod in emphyteuta quoque et vaſallo iuris eſt. n. 8.
Doctores contraſentientes nominationem auctoris cum denunciatione litis confundunt. n. 9.
Iudicium militare noſtrum (das Kriegs-collegium) non gaudet iurisdictione in cauſis realibus. n. 10.
Caſus, quo nominatio auctoris ceſſat. n. 11

DECRETVM.

In Sachen Procuratoris fiſci, Nahmens des Oberförſters Hollands zu Homberg, wider den General-Major von Donop daſelbſt, den Lerchenfang auf dem Berger und Lendörfer Feld betreffend:

Werden die von erſterm gebetene Appellationsproceſſus mit der Verordnung abgeſchlagen, daß in ſo fern Appellat den ihm auferlegten Beweis beybringet, alsdann appellantiſcher Procurator fiſci mit ſeiner gegen Appellaten als conductorem der Baumbachiſchen Koppeljagd angeſtellten Turbationsklage an die Regierung zu verweiſen ſeye, um ſolche daſelbſt wider den von Baumbach rechtlich ein- und auszuführen.

Datum die 22. Iun. 1768.

VOTVM.

Da in formalibus nichts zu erinnern iſt, ſo kommt es quoad materialia bey dem in Frage ſeyenden Lerchenfang, welchen Appellat in Kraft der gepachteten von Baumbachiſchen Koppeljagd exerciret hat, Procurator fiſci aber für gnädigſte Herrſchaft in Anſpruch nimmt, und worüber das Kriegscollegium am 19ten Junii 1766. dem Appellaten den Beweis, daß ihm der Lerchenfang

in

in beſagten Feldern mit verpachtet ſeye, auferlegt, der Procurator fiſci hingegen ſolchen für irrelevant angeſehen, und daher an dieſes Tribunal appelliret hat, auf die Frage an:

Ob die vom Appellanten gegen Appellaten angeſtellte Klage ſtatt finde, und ob ſolchemnach, der Beweis erheblich, oder ob er nicht gar überflüſſig ſey?

RATIONES DVBITANDI.

Der Appellat geſtehet ein, daß er auf dem Feld den Lerchenfang exerciret habe, auf welchem der Appellant darzu berechtiget ſeyn will. Es ſcheinet alſo die Klage gegen ihn, wann er gleich die Jagd nur gepachtet hätte, allerdings ſtatt zu finden, ohne daß er ſich auf ſeinen locatorem berufen könne; bevorab ſo lange er noch nicht bewieſen hat, daß ihm nicht etwa nur die Kopeljagd überhaupt, ſondern in ſpecie auch dieſer ſtrittige Lerchenfang mit verpachtet, und er vom locatore ſpecialiter zu dem facto, worüber ſich der Procurator fiſci beſchwehret, autoriſiret worden.

1 Dann vorerſt iſt in den Rechten verſehen, quod ab omnibus, qui tenent et habent reſtituendi facultatem, peti poſſit,

L. 9. in f. D. de R. V.

2 et actio confeſſoria utilis, quae ob ius venationis competit,

LAVTERB. *C. th. pr. L. 8. Tit. 5. §. 8.*

contra eos detur, qui iurium uſum impediunt, et illorum quaſi poſſeſſionem quodammodo turbant.

LAVTERB. *ibid. §. 7.*

3 Hiernächſt ſcheinet es zweifelhaft zu ſeyn, ob in iudicio poſſeſſorio die exceptio nominationis ſeu laudationis auctoris ſtatt finde.

BERLICHEN *P. 1. Concl. 24. n. 119.*

4 Fände aber dieſe gleich ſtatt, ſo würde doch nach einiger Doctorum Meynung die bloſe Nomination, wie ſie vom Appellato geſchehen, nicht genug, ſondern eine wirkliche Denunciation, und zwar auf ſeine Koſten erforderlich geweſen ſeyn.

BERLICHEN *ibid. n. 126. ſeqq. 130. ſeqq.*

Könnte man aber den Rechten nach auf die nominationem auctoris ohne weitere Umſtände reflectiren, ſo ſcheinet doch wenigſtens dieſes nöthig zu ſeyn, daß der Appellant den ihm in ſententia a qua auferlegten Beweis erſt beybringe.

RATIONES DECIDENDI.

5 Nachdem aber dem Gutsherrn durch den colonum in Anſehung ſeines Guts und demſelben anklebender Rechte und Gerechtigkeiten nicht präjudiciret werden kann,

L. 17. C. de agric. et cenſit.

6 dannenhero die rei vindicatio contra conductorem nicht competirt;

d. L. 9. D. de R. V.

7 und der conductor exceptione nominationis et laudationis auctoris litem decliniren kann; dergeſtalt, daß der Kläger contra auctorem ipſum, wann dieſer gleich abweſend iſt, in gehöriger Ordnung klagen muß,

L. 2.

L. 2. C. ubi in rem act.

BERLICHEN. *P. 1. Concl. 24. n. 112.*

VMMIVS *Disp. ad proc. 11. n. 39.*

welches ſogar bey einem emphyteuta und vaſallo ſtatt findet, wann de iure et praeiudicio do 8
mini die Frage iſt:

BERLICHEN. *ibid. n. 116.*

MYNSING. *Cent. 2. Obs. 58.*

BRVNNEM. *in Comm. ad L. 2. C. ubi in rem actio n. 13. ſeqq. et in proc. civ. c. 11. n. 5.*

Diſſentit ROSENTHAL. *de feudis C. 8. concl. 30. n. 8.*

So hat auch das Kriegscollegium in ſo weit Recht, daß es auf die beſchehene Nomination reflectiret hat, und der Appellant iſt dadurch gar nicht gravyret, ſondern vielmehr dem Appellaten zu nahe getretten worden, welcher auſſer der Nomination einen Beweis beyzubringen eben ſo wenig nöthig hat, als daß er dem locatori litem zu denunciiren ſchuldig iſt; indem die D. D. insge- 9
mein, welche ſolches behaupten, die nominationem auctoris mit der litis Denunciation zu verwechſeln pflegen.

BERLICHEN. *l. c. num. 140. ſeqq.*

BRVNNEM. *ad d. L. 2. C. ubi in rem act. n. 6. ſeqq. et in Proc. civ. c. 11. n. 11.*

Wann nun aber die Jurisdiction des Kriegscollegii ſich auf iura realia nicht erſtrecket, wie ſol- 10
ches die Inſtructionalien vom 30ten Oct. 1767. §. 5. in mehrerem ausweiſen, wo es heiſet:

Auſſer dieſer Oberaufſicht und mittelbaren Gerichtsbarkeit über die Unterkriegsgerichte, beſtättigen Wir Unſerm Kriegscollegio die bisher gehabte Jurisdiction über alle Generalsperſonen, Gouverneurs und Commandanten der Feſtungen, die Regimenter, (excl. Unſerer Garde du Corps und des erſten Bataillon Garde) deren Junhaber und Befehlshabere, wie auch alle beym Kriegscollegio ſelbſt, Unſerm Kriegspfennigamt, Commiſſariat, Proviant und andern Kriegsämtern ſtehende Bediente, ferner über die in Penſion geſetzten, keinem Regimente mehr unterwürfige Officiers und andere Militair Perſonen deren Ehefrauen und Kinder, auch Wittwen und Wayſen, ſolange jene ihren Wittwenſtuhl nicht verändern, und dieſe ein anderes Metier ergreifen, wodurch ſie einem andern foro ſich unterwerfen, und zwar dergeſtalt und alſo, daß die Conſiſtorial- Lehns- und liegende Güter angehende Sachen und darüber anzuſtellende actiones reales et in rem ſcriptae fernerhin ausgenommen, und den conſiſtoriis, dem Lehnhof und den Regierungen allein vorbehalten bleiben, mithin auch die dem Kriegscollegio über des defuncti Verlaſſenſchaft gebührende Obſignation, Reſignation, Inventariſation und Erkennung der Concursproceſſe, desgleichen die Bevormundung der Kinder, ſich auſſer der im Sterbhauſe befindlichen Mobiliarverlaſſenſchaft, über die unbewegliche Güter im Lande nicht erſtrecken, ſodann in Anſehung derjenigen Militairperſonen, welche als Landſaſſen in Unſern Landen angeſeſſen und begütert ſind, es dem Kläger in Perſonalſachen frey ſtehen ſolle, ob er ſeine actionem perſonalem bey dem Kriegscollegio, als in foro militari anſtellen, und ſeine Befriedigung aus dem Mobiliarvermögen ſuchen, oder nach der in Unſerm Fürſtl.

Heſſiſchen Samthauſe feſtgeſtelten Verfaſſung bey den Regierungen, oder dem damit concurrentem iurisdictionem habenden Samthofgericht zu Marburg klagen, und daſelbſten ſeine Befriedigung aus des Beklagten Gütern ſuchen wolle, welchenfalls jedoch die Regierungen nicht zur Auspfändung der Mobiliarverlaſſenſchaft greifen, ſondern die Execution bloſerdings in die Güter verhängen ſollen. Dafern jedoch über eines Officiers oder einer derer ſonſt oben benannten Militairperſonen Vermögen der Concursproceß Schulden halber zu erkennen, und ein ſolcher nichts als ſeine Mobilien und Effecten im Vermögen hat: So bleibt dem Kriegscollegio die Berichtigung dieſes Schuldweſens, und was dahin gehöret, völlig überlaſſen. Daferne aber ein ſolcher Officier oder Militairperſon auch zur Maſſa gehörige unbewegliche Güter beſitzet, als weshalben der Concurs bey der Regierung zu eröffnen und zu ventiliren iſt: ſo hat Unſer Kriegscollegium zwar dem von beſagter Regierung zu beſtellenden Curatori bonorum die Mobiliarverlaſſenſchaft extradiren zu laſſen; Wir wollen aber zugleich beſagtes Unſer Kriegscollegium hiermit autoriſiret haben, nicht nur, wie ſich von ſelbſt verſtehet, die wirklich annoch vorhandene herrſchaftliche Gelder zu ſepariren und zurück zu nehmen, ſondern auch was der defunctus etwa an herrſchaftlichen Geldern Unſerer Kriegscaſſa, oder dem Regiment an Gewehr und Montirungsgeldern oder ſonſt ſchuldig bleiben möchten, aus der Mobiliarverlaſſenſchaft, noch übrig iſt, behändigen zu laſſen; wobey jedoch denen creditoribus, welche gegen die Liquidität der Forderung etwas einzuwenden, oder vor Unſerer Kriegscaſſe oder dem Regiment ein Vorrecht und ius praelationis in concurſu zu haben vermeynen, ſolches gegen dieſelbe bey Unſerm Kriegscollegio auszuführen, und rechtliche Erkänntniß, ſalva appellatione, zu erwarten ohnbenommen bleibet.

Dieſemnach aber das Kriegscollegium billig, ſo bald der Appellat den quäſtionirten Lerchenfang nur als Pachter verlangte, hingegen nach der Zeugen Auſſage von Seiten gnädigſter Herrſchaft vor dem locatore v. B. ein Vorrecht prätendiret wurde, welche Frage nirgends als bey der Regierung entſchieden werden konnte, den Procuratorem fiſci billig dahin verweiſen ſollen. Referens concludiret demnach ꝛc. ꝛc.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS.

Wann auch die Frage, ob in poſſeſſorio die Nomination ſtatt finde, noch zweifelhaft ſeyn ſollte: (wiewohl mir Berlich cum aliis, locis a Dno. Referente citatis die Nomination mit der litis Denunciation confundiret zu haben ſcheinen) ſo glaube ich doch, daß einem conductori, welcher vor ſich nichts beſitzet, dergleichen auch quoad poſſeſſorium ohngezweifelt zuſtehen müſſe.

Was demnächſt caſum ſubſtratum anbetrifft, ſo bin ich zwar mit dem Hrn. Referenten überhaupt dahin verſtanden, daß die Sache in ſofern ſie den von B. qua locatorem angehet, nicht vor Fürſtliches Kriegscollegium gehöre. Da aber Procurator fiſci ausdrücklich negiret, daß gedachter von B. dem Appellaten den Lerchenfang in locis quaeſtionis verpachtet habe; und dann

wann

wann dieſes nicht wäre, die geklagte Turbation ein factum proprium et illicitum des Appellaten involviren, mithin ſolchenfalls die Nomination bekannten Rechten nach wegfallen würde: II

HARTMANN PISTOR. *in obſerv. 85.*

So glaube ich, das Kriegscollegium habe in ſofern nicht unrecht auf dieſen Beweis erkannt. Hoc ſuppoſito aber würde auch ſothaner Beweis nicht als überflüſſig übergangen werden können, ſondern meo quidem iudicio folgender geſtalt zu decretiren ſeyn:

Werden die von erſterem gebetene Appellationsproceſſus mit der Verordnung abgeſchlagen, daß in ſofern Appellat den ihm auferlegten Beweis beybringet, alsdann appellantiſcher Procurator fiſci mit ſeiner gegen Appellaten als conductorem der B. iſchen Koppeljagd angeſtellten Turbationsklage an die Regierung zu verweiſen um ſolche daſelbſt wider den von B. rechtlich ein- und aus zuführen.

DECISIO CLXXXVIII.

ARGUMENTUM GENERALE:

DE RESTRICTO IVRE RECIPIENDI IVDAEOS DOMINIS IVRISDICTIONALIBVS IN HASSIA COMPETENTE.

SUMMARIA.

Landſaſſius in Haſſia recipere non poteſt iudaeos, niſi prius a domino territoriali literas protectorias, vulgo Schutzbriefe *impetraverint. n. 1.*

Nec ordo Teutonicus plus ibidem iuris, quam ex obſervantia facultatem dandi iisdem literas receptionis, vulgo Aufnahmsbriefe, *habet. n. 2.*

Iurisdictio in iudaeos ius eosdem recipiendi non involvit. n. 3.

Nec hoc ius per praeſcriptionem, ne immemorialem quidem, contra leges prohibitivas adquiri poteſt. n. 4.

SENTENTIA.

In Sachen Syndici des teutſchen Ritterordens Landcommende Marburg, wider den Procuratorem fiſci daſelbſt, die Ertheilung der Schutzbriefe für die Juden zu Gosfelden betreffend, iſt auf alles An- und Vorbringen hiermit zu Recht erkannt:

daß die von dem appellantiſchen teutſchen Orden in das Dorf Gosfelden, vermöge des Endes ertheilter und ferner zu ertheilender Aufnahmsbriefe bereits aufgenommene, auch künftig auf zunehmende Juden vor ihrer Reception ſich denen Landesordnungen gemäß gehörig zu qualificiren, auch des Endes gleich andern die Schutzbriefe auszubringen ſchuldig und gehalten,

halten, und mit dieser Erläuterung sententia a qua der Regierung zu Marburg vom 20ten Dec. 1766. zu confirmiren seye. Als Fürstl. O. A. Gericht erkennet und confirmiret, mit Vergleichung der Kosten V. R. W.

Publicata die 23. Mart. 1768.

FACTVM.

Procurator fisci hat gegen den Syndicum der teutschen Ordenscommende zu Marburg, wegen eines dem Juden Salomo L. ertheilten Schutzbriefes bey Fürstlicher Regierung zu Marburg Klage erhoben, und dem teutschen Orden das Recht solche Schutzbriefe zu ertheilen negiret. Nach verhandelter Sache gab die Regierung den Bescheid:

daß der beklagte Syndicus auf die der Judenaufnahme halber ergangene landesherrliche Verordnung vom 22ten Febr. 1707. lediglich zu verweisen, und deren zu folge keinen Juden, ehe und bevor derselbe einen herrschaftlichen Schutzbrief vorgezeigt, in dessen Gerichtsdorf Gosfelden aufzunehmen, oder zu dulden, vielweniger einen förmlichen Schutzbrief, sondern nur einen Aufnahmeschein zu ertheilen befugt, mithin den dem Juden Salomo L. ertheilten Schutzbrief wieder einzuziehen, und sich dessen hinführo bey Vermeidung nachdrücklicher Ahndung zu enthalten schuldig sey.

Durch diese Erkänntniß hat sich der teutsche Orden graviret geachtet, und sich deshalb an dieses Tribunal gewandt.

VOTVM.

Bey Entscheidung dieser Sache setzt Referens zuerst voraus, daß es nach der bereits bevi manu ertheilten restitutione in integrum,

vid. *pag. 71. act. huius inst.*

nicht mehr auf die von dem Appellaten wiederholte exceptionem desertae appellationis, auch eben sowenig auf das ius recipiendi iudaeos überhaupt, sondern blos auf die Frage ankomme:

Ob der teutsche Orden denen im Dorfe Gosfelden seiner unwidersprochenen Befugniß nach auf zu nehmenden Juden Schutzbriefe zu ertheilen befugt, und ob nicht dieselbe vielmehr schuldig, gleich andern Juden im Lande, sich des Schutzes halber bey Fürstlicher Landesherrschaft zu melden, und in behöriger Maasse die Schutzbriefe aus zu wirken?

RATIONES DVBITANDI.

So weitläuftig nun beyde Theile in den Acten sich hierüber heraus gelassen und gestritten: so glaubt doch Referens, daß die Sache mehr auf einem Wortstreit, als einer Realität beruhe.

Dann

1) gründet sich der appellantische Orden in einer unüberdenklichen Possession ratione iuris recipiendi iudaeos, Vermöge der producirten Rechnungsextracte;

vid.

vid. *pag. 41. 61. act. hui. inst.*

2) ſuchet er auch titulum dieſes Rechts aus dem vom Kayſer Ruperto in anno 1403. ertheilten, und vom Kayſer Carolo V. in anno 1541. beſtättigten privilegio zu beweiſen;

3) beruſet ſich derſelbe dieſerwegen auf ſeine vermeyntliche Immedietät, vermöge deren ihm als einem unmittelbaren Reichsſtand dieſes Recht gleich andern um ſo mehr zuſtehen müſſe, da ſogar

4) verſchiedene Familien in Heſſen, als die von Scheuke, Raue und Milchlinge dieſes Recht genöſſen, und endlich

5) denen herrſchaftlichen Beamten die bishero hergebrachte Ertheilung der Judenſchutzbriefe bekannt geweſen, und von denenſelben dieſem Recht ſowenig widerſprochen worden, daß vielmehr ſchon in anno 1709. der Rentmeiſter Ungefug bey der Regierung zu Marburg darunter acquieſciret habe; überdem ſcheinet

6) es deſto mehr bedenklich zu ſeyn, dem Orden hierunter etwas aufzulegen, da derſelbe in ſeinen Handlungen dieſer Inſtanz, ohnerachtet ſeiner bey dieſem Gerichte ipe melioris iuſtitiae conſequendae, wie man ſagt, geſchehenen Einlaſſung, ſich den allenfallſigen recurſum an den Reichshofrath nicht undeutlich vorbehalten.

RATIONES DECIDENDI.

Nachdem aber

1) der Orden durch die producirte Rechnungsextractus weiter nichts erwieſen hat, als daß er ſeit anno 1667. gegen ein gewiſſes Aufnahmegeld à 4. fl. 16. alb. Juden nach Gosfelden aufgenommen; dieſes aber

2) vorhingedachter maſſen, ſo viel das Recht Juden aufzunehmen an ſich betrifft, dem appellantiſchen Theil nicht wiederſprochen, ſondern nur von Seiten des Fiſci verlangt wird, daß die ſolchergeſtalt recipirt werdende Juden gleich andern im Lande Schutzbriefe bey gnädigſter Landesherrſchaft auswirken ſollen, und dann dieſes letztere

3) ohnbeſchadet jener Befugniß gar wohl ſtatt finden kann, auch wirklich der Erfahrung nach überall in hieſigen Landen ſtatt findet; indem

4) ſowohl diejenige von Adel, worauf ſich der appellantiſche Theil beziehet, als andere in hieſigen Landen, ja ſelbſt die Roteuburgiſche Herrſchaft,

vid. *receſſus de anno 1628.* §. und dieſes alles ꝛc. ꝛc.

ſchuldig ſind, die von ihnen recipirt werdende Juden zu Ausbringung der herrſchaftlichen Schutzbriefe anzuweiſen; geſtalten auch

5) dieſe Schuldigkeit nicht allein in der von dem iudicio a quo zum Grund gelegten landesherrlichen Verordnung vom 22ten Febr. 1707. ſondern auch in einem weit ältern von Herrn Landgrafen Philippo Magnanimo unterm 18ten Jul. 1524. ergangenen landesherrlichen Ausſchreiben ihren Grund hat; maſſen ſchon derozeit kein Jude, der nicht herrſchaftlichen Schutz und Geleite erhalten, in hieſigen Landen geduldet werden ſollen; mithin dieſes und dasjenige, was in denen neuen Verordnungen dieſerhalb wiederholet worden,

6) nur eine natürliche und unzertrennliche Folge der landesherrlichen Hoheit ist, massen leicht zu begreifen, daß, wann einem jeden Gerichtsherrn im Lande erlaubt seyn sollte, nach seiner Willkühr ohne weitere denen Landesgesetzen gemässe Qualification so viele Juden auf zu nehmen, als er wolle, solches dem Landesherrn und übrigen Unterthanen zur unleidlichen Beschwehrde im Handel und Wandel, auch sonsten gereichen, mithin niemalen zu gestatten seyn würde; hiergegen auch

2 7) dem Orden so wenig seine vermeynte Immedietät, als das angeführte Kayserliche privilegium zu statten kommen mögen; indem erstere reichskundigermasser von dem hiesigen Hochfürstl. Hause, soviel die in Hessen gelegene Commenden betrifft, niemalen anerkennet, sondern dieser Anmassung bey dem allgemeinen Reichstag widersprochen ist; und was

8) das angezogene Rupertinische, und vom Kayser Carolo V. erhaltene privilegium betrifft, dessen von dem Orden selbst in seinem anno 1751. herausgegebenen historisch diplomatischen Unterricht

in adiunctis ad Sect. 1. n. 20. et 24.

bekannt gemachter Inhalt zu erkennen giebt, daß darinen nichts vom iure recipiendi iudaeos, sondern nur eine Bestätigung aller vorhin hergebrachten Ordensgerechtsamen, auch soviel die Juden in specie angehet, in dem letzteren Carolinischen nur so viel enthalten ist, daß selbige gleich andern Ordensunterthanen deßen Gerichtsbahrkeit unterworfen seyn sollen; woraus aber

3 9) um so viel weniger auf den Judenschutz, wovon darmalen die Rede ist, geschlossen werden kann, da die Gerichtbarkeit das ius recipiendi iudaeos keinesweges involviret,

AYRER. *in dissert. de iure recipiendi iudaeos Cap. 1. §. 7. et 8.*

MEV. *P. 8. Dec. 350.*

und das Dorf Gosfelden in anno 1273. mithin zu einer Zeit, wo bekanntlich noch kein einziger Reichsstand den Judenschutz gehabt, indem die Churfürsten durch die güldene Bulle, die übrigen Stände aber durch die Reichspolicey ordnung de anno 1548. Tit. 20. erst zu diesem Recht ausdrücklich gelangt, von dem Closter Altenburg bey Wetzlar, und einem Heinrich von Gosfelden quoad iurisdictionem et certa bona particularia titulo emti acquiriret worden;

vid. oben allegirter historischdiplomatischer Unterricht *in adiunct. ad sect. 11. n. 49. et 50.*

welchemnach es also

10) vielmehr seine Richtigkeit hat, daß, da das Dorf Gosfelden in unstreitigem hiesigen territorio gelegen ist, der Schutz der dasigen Juden auch niemand anders als dem ordentlichen Landesherren zustehen könne, und also die Juden, wann sie dessen geniessen wollen, sich nach Maaß der uralten Landesverordnung durch Auswirkung der benöthigten Schutzbriefe, und auf sonst erforderliche Art qualificiren müssen; wie es dann sogar

11) nicht von dem geringsten Effect seyn könnte, daß dem Orden in dem Dorf Gosfelden der Schutz zustehe, indem doch ein solcher Jude auf diese Art darinen eingeschlossen, und keinen Handel und Wandel zu treiben im Stande seyn würde; daher auch

12)

Digitized by Google

12) der teutſche Orden dieſes begreift, und deswegen in ſeinen replicis hui. inſtantiae

vid. *pag. 149. act. hui. inſt.*

ſelbſt declariret, daß die Landcommende nichts dagegen haben werde, wann ein Jude ſich im Ordensdorf Gosfelde niederlaſſen wolle, und der Ordnung gemäß hierzu vom Orden die Einwilligung erlangt habe, daß er ſich zuforderſt um den herrſchaftlichen Schutzbrief bewerbe, und bey dem Orden ſein Aufnahmsdecret löſe; aus dieſer Declaration auch

13) erhellet, daß man alſo nicht einmal nöthig habe, auf des Ordens übrige Einwendungen zu reflectiren, da der zeitige Landcommenthur dieſes auch in effectu anerkannt, indem er in dem unterm 20ten May 1764. ertheilten Annahmsbrief den dadurch recipirten Juden auf die Landesverordnung quoad qualificationem verwieſen;

vid. *pag. 113. act. hui. inſt.*

auſſerdem

14) wann auch der Orden erweiſen könnte, daß er vi poſſeſſionis immemorialis privative das Recht hergebracht, denen Juden in Gosfelden Schutzbriefe zu ertheilen, dieſes doch nichts erheben würde; maſſen ein ſolches Recht etiam per praeſcriptionem immemorialem contra leges prohibitivas ob ſalutem publicam a Principe latas nicht einmal acquiriret werden kann, wie dieſer Satz in den Hannöveriſchen Landen zwiſchen dem daſigen Fiſcal und denen geſchloſſenen Gerichten des Landes Göttingen vor einigen Jahren weitläuftig ventiliret,

vid. HEINECCIVS *in Conſ. T. 1. Reſp. 4. et 5. et* AYRER. *in diſſ. de iure recipiendi iudaeos p. tot.*

endlich aber bey dem Oberappellationsgericht zu Zelle mit guten Gründen in contrarium entſchieden worden;

vid. PVFENDORFF. *in Obſ. iur. Tom. 2. Obſ. 1. §. 25.*

AYRER. *cit. diſſ. Cap. 6. §. 16.*

überhaupt aber vor jetzo

15) es dieſen Umſtänden nach dem Orden hauptſächlich darum zu gelten ſcheinet, daß das iudicium a quo ſeine bisher ertheilte Schutz- oder nunmehro ſelbſt ſo genannte Annahmsbriefe caſſiret, und einzuziehen befohlen habe,

vid. *pag. 149. act. hui. inſt.*

und wann dieſes gehoben wird, der Orden ohnehin ob incompetentiam nicht weiter an den Reichshofrath recurriren kann; hierbey aber

16) Referens keine Nothwendigkeit ſiehet, warum auf dieſer Einziehung und Caſſation zu beſtehen ſeyn möchte; da es genug iſt; wann die bisher ertheilte ſo genannte Schutzbriefe nur vor ſolche dem Orden vermöge des unſtrittig competirenden iuris recipiendi iudaeos unbedenklich zu geſtattende Aufnahmsbriefe erkannt werden: So wird dieſemnach auf folgende, mit nicht unbilliger Vergleichung der Koſten zu ertheilende ſententiam reſpective declaratoriam et confirmatoriam hiermit ohnmaßgeblich angetragen ꝛc. ꝛc.

DECI-

DECISIO CLXXXIX.

ARGUMENTUM GENERALE:

OBSERVATIONES CIRCA DECIMAS

vom Auf- und Treſeneyzehnden.

SUMMARIA.

Praeſcriptio immemorialis privilegio aequiparatur n. 1.
Mutatio generis fructuum nil mutat in iure decimarum. n. 2. 4.
Nec ſi hucusque quis iure decimandi quoad certum genus fructuum uſus non fuerit, inde tamen renunciatio inferenda eſt. n. 3.
Senſus legum Haſſiacarum in praeſenti argumento, n. 5.
Quae cum aliis legibus ſpecialibus conſpirant. n. 6.

DECRETVM.

In Sachen der Gemeinde Haueda, wider ihren Zehndherren, den von Papenheim zu Grimmelsheim, in pcto. des Auf- und Treſeneyzehndens:

Werden die von Procurator L. ſen. gebetene Appellationsproceſſus abgeſchlagen.

Datum die 8. Iun. 1768.

FACTVM.

Der von P. zu G. hat von der appellantiſchen ihm zehendpflichtigen Gemeinde H. verlanget, daß ſie von einem Acker auf den andern aufzählen, den Treſeneyzehenden abgeben, und das Auszehnden der Hüte ſich gefallen laſſen ſollte, und deshalb bey dem Amt zu Z. Klage erhoben. Das Amt erkannte hierauf nicht nur in Anſehung der Gemeinde auf beſſere Legitimation, ſondern auch proviſionaliter dahin:

indeſſen ſollen beklagte Zehndpflichtigen bis zu weiterer richterlichen Cognition, der Einernd dung von den zehendbaren Aeckern ſich enthalten, oder der comminirten Beſtrafung und Erſetzung alles Schadens gewärtiget ſeyn.

Hiervon appellirte die Gemeinde an hieſige Regierung, und als dieſe confirmatorie erkannte:

alleſamt Beklagte werden, ohnſtatthaften Einwendens ungehindert, und ſolange höheren Orts andere Verordnung nicht ausgebracht, angewieſen und ſchuldig erkannt, der durch gnädigſte Verordnung vom 10ten März a. c. ohne Rückſicht auf den Poſſeſſionsſtand in Anſehung derer von Adel und anderer privatorum ratione des Auf- und Treſeney- auch Auszehndung der Hüte, mit Aufhebung der desfalls in anno 1747. emanirten Verordnung

wieder

hergestellten landesherrlichen erneuerten Zehendordnung de ao. 1737. wie überhaupt so besonders deren 5. und 6ten Abschnittes sich schuldig zu fügen, mithin solcher in allem gemäß sich zu verhalten, das Aus- und Aufzehnden, nebst Entrichtung des Treseneyzehndens vorbeschriebenermassen zu gestatten, widrigenfalls allen daraus den Klägern zugefügten Schaden und Kosten zu ersetzen, und weiter desfallsiger executivischen Verfügung zu gewärtigen:

weiter an dieses Tribunal.

VOTVM.

In der Verordnung von 1737. ist §. 2. befohlen worden:

und gleichwie es der Billigkeit allerdings gemäß ist, daß diejenige uns oder sonst jemanden zu zehnden zustehende Felder und zehendbare Stücke, sie seyen Winter- Sommer- oder Braachfelde mit Früchten oder anderer Treseney ausgestellt, den hergebrachten Zehenden entrichten müssen, gestalten das Braachfeld davon von deswegen nicht befreyt werden mag, weilen derjenige Acker, welcher besaamet gewesen, oder Treseney getragen hat, das folgende Jahr nicht soviel und gutes Korn, als wann er in der Braache nicht besäet worden, bringen kann, dahero und wann die Braache nicht gezehndet werden soll, der Zehendherr merklich verliehren müßte: also sollen fürs künftige alle Zehendäcker, sie seyen im Winter- Sommer- oder Braachfelde und womit es wolle ausgestellet, der Behör ausgezehndet werden.

Desgleichen ist in dem 5ten §. enthalten: daß bey einem jeden Inhabern von einem Stück Zehendland auf das andere gezählet und die etwa übrigbleibende Garben mit Löcken getheilt werden sollen.

Diese Verordnung aber wurde besonders in Ansehung des Auf- und Treseneyzehndens in ao. 1747. geändert, und zwar von deswegen (wie es in dieser Ordnung heiset,)

indem viele Unterthanen sich theils auf rechtskräftige Bescheide, theils auf eine unüberdenkliche Freyheit und Possession sich bezogen ꝛc. ꝛc.

daher dann verordnet wurde, daß bey denen von Adel und andern Privatpersonen in Ansehung des sogenannten Auf- und Treseneyzehndens, über oder unter der Erden es wieder auf den alten Fuß hergestellet, und kein Zehendherr, der es nicht vorhin rechtmässig hergebracht, aus erwehnter Zehendordnung einiges Recht herzuleiten befugt seyn, sondern ein jeder bey dem Herkommen, und seinem vorhin gehabten Recht und Possession geschützt werden solle.

Nachdem aber bey dem in ao. 1764. vorgewesenen Landcommunicationstage die Landstände auch unter andern um Abänderung und Aufhebung dieser Verordnung gebeten: so wurde durch die Ordnung vom 10ten März 1767. §. 3. gnädigst befohlen:

Wollen Wir, daß es mit Aufhebung der Verordnung de ao. 1747. bey der Zehendordnung von anno 1737. künftighin sein unabänderliches Verbleiben habe, jedoch mit der ebenmässigen Erläuterung, daß demjenigen, was des ein oder andern Zehendes halber vor der Ordnung

de ao. 1737. verglichen, oder durch rechtskräftige Bescheide abgethan und festgestellet worden, kein Abbruch geschehen, sondern solches in seinen Kräften gelassen bleiben soll.

Nun gestehen Appellantes selbst ein, daß sie weder Vergleiche noch rechtskräftige Bescheide dieserhalb vor sich hätten, sie behaupten aber, daß sie per praescriptionem immemorialem die Freyheit von Treseneyzehenden und des Aufzählens, wie auch der Hüte einbinden acquiriret hätten, und ihnen die dieserhalb hergebrachte unüberdenkliche Possession durch die letztere Verordnung de anno 1767. nicht benommen worden.

Es fragt sich also:

ob hierin die appellantische Intention fundiret, und die angeführte possessio immemorialis in substrato, wann auch solche erwiesen werden könnte, statt haben könne?

RATIONES DVBITANDI.

1 Nun ist zwar bekannt, daß die praescriptio immemorialis loco tituli ist, und solche einem privilegio äquipariret werde; summa enim est praescriptionis immemorialis auctoritas, et natura prorsus peculiaris, atque ab indole caeterarum praescriptionum diversa. Etsi ergo quis per legem aut privilegium omni praescriptione exemptus sit, praescriptionem tamen immemorialem admittat, oportet, quam tollere princeps voluisse non est credendus,

LEYSER *spec. 461. Med. 7.*

und dann in gegenwärtigem Fall summus legislator in der letzteren Verordnung nicht einmal verordnet hat, daß auf die Präscription nicht reflectiret werden solle, vielmehr befohlen, daß wann bey einem oder andern Zehenden Vergleiche oder rechtskräftige Bescheide vorhanden seyn sollten, diese in Kräften bleiben sollen, woraus also die natürliche Folge entspringet, daß einem jeden seine rechtmäßig hergebrachte Befugniß dadurch nicht gekränket werden solle.

RATIONES DECIDENDI.

Gleichwie aber

1) der Satz wohl seine ohngezweifelte Richtigkeit hat, daß von denen zehendbaren Grundstücken, sie mögen im Winter- Sommer- oder Braachfelde mit Früchten oder Treseney ausgestellt
2 eyn, ohne Ausnahme der Zehende entrichtet werden muß; nam mutatio generis fructuum non mutat decimas,

MEVIVS *P. 9. Dec. 68.*

3 und hindert hierbey auch nichts, wann der Zehendherr ehedem von dergleichen Früchten vorhin keinen Zehnden gezogen hat; cum causa magis hic spectetur, quam exercitium, h. e magis ad ius decimarum fundo inhaerens respiciendum, quod circa quoscunque fructus versatur, quam ad usum specificum circa hos vel illos fructus;

BOEHMER *I. E. P. Tom. 3. L. 3. Tit. 30. §. 80. et 81.*

diesemnächst

2) bekannt genug ist, daß in denen vorigen Zeiten die Ländereyen insbesondere das Braachfeld nicht so häufig wie in gegenwärtigen Zeiten mit allerhand Früchten oder Treseney ausgestellet worden,

Digitized by Google

worden, mithin wann schon ehedem, die Zehendherren auf die Entrichtung des Treseneyzehndens über oder unter der Erden, als eine damalen nicht in Consideration gekommene Abgabe nicht reflectirt und ihr Zehendrecht nicht exerciret haben, dennoch sie dadurch nicht in die Nothwendigkeit gesetzt worden, solches anjetzo sich als eine Schuldigkeit gefallen zu lassen; indem

3) die Cultivirung und Verbesserung des Ackerbaues von Jahr zu Jahr sich geändert und zum Theil verbessert hat, da in denen jetzigen Zeiten fast bey allen Gemeinden viele und grose Stücke Landes mit Cartuffeln ꝛc. ausgestellt werden, wovon in denen ältern Zeiten nicht einmal etwas bekannt war; folglich

4) wann auch erwiesen werden kann, daß von der Treseney und dergleichen Früchten, welche man ehedem nur für Gartengewächse gehalten, kein Zehnden gegeben worden, solches doch nach veränderten Umständen auf jetzige Zeiten nicht wohl zu extendiren stehet, zumalen die Zehendherrn dadurch in einen gar merklichen Schaden gesetzt werden würden; ob decimarum enim debitum domino fundi quidem non est interdictum atque impeditum ad meliorem aliamque 4
frugem istam reducere, non tamen et licitum ex mutatione alterius conditionem reddere deteriorem;

MEV. *P. 9. Dec. 68. n. 3. et 4.*

ferner

5) nach der neuern Verordnung de 1767. es sein unabänderliches Verbleiben bey der Zehndordnung de anno 1737. haben soll, und nur die beyden Fälle nahmentlich ausgenommen worden, 5
wann etwa Vergleiche oder rechtskräftige Bescheide vorhanden wären, mithin hieraus nach der Regel, quod exceptio firmet regulam in casibus non exceptis, um so mehr für fest zu setzen ist, daß auf keine andere exceptiones, folglich auch nicht auf die exceptionem praescriptionis attendiret werden soll, als in der aufgehobenen Verordnung de ao. 1747. zwar gesagt worden, daß die Unterthanen theils auf rechtskräftige Bescheide, theils auf eine unüberdenkliche Freyheit und Possession sich bezogen, und es dieserhalb bey dem Herkommen und Possession gelassen werden solle ꝛc. dahingegen aber in ofterwehnter neuern Verordnung de an. 1767. von einer unüberdenklichen Freyheit und Possession nichts gesagt noch solche ausgenommen, mithin hierin die vorige Verordnung de ao. 1747. ebenwohl aufgehoben worden; *) endlich

6) es so ohngewöhnlich nicht ist, daß durch landesherrliche Verordnungen bey Zehnden und 6
dergleichen Gefällen alle Verjährungen aufgehoben worden, wie solches unter andern in denen Magdeburgischen Landen geschehen:

vid. BOEHMER *I. E. P. Tom. 1. L. 2. Tit. 22. §. 23. et Tom. 3. Lib. 3. Tit. 30. §. 42.*

So ist Referens der ohnmaßgeblichen Meynung, daß aus obigen Ursachen die angeführte possessio immemorialis keinen Platz habe, und concludiret dahero ꝛc.

*) Per Rescriptum declaratorium d. d. 11. Aug. 1768. postea ordinatio d. d. 10. Martii 1767. §. 3. magis determinata atque omnibus huius generis litibus meta posita est.

Digitized by Google

DECISIO CXC.

ARGUMENTUM GENERALE:

DE REMEDIO EX L. FIN. COD. DE EDICT. D. HADR. TOLL.

SUMMARIA.

Vitium visibile testamenti parentum inter liberos non est legatum personae extraneae relictum. n. 1.
Terminus semestris, vi legum nostrarum provincialium, illatis et meliorationibus liquidandis praefixus, non currit lite super iure possessionis et retentionis adhuc pendente. n. 2.
Exheredatio in testamento parentum locum non habet. n. 3. vid. tamen n. 7.
Haec ergo tale testamentum vitio visibili adficit. n. 4.
Quid sit vitium visibile? n. 5.
Ad vitia visibilia referendus est defectus facultatis testandi n. 6.
Institutio inaequalis in testamento parentum inter liberos locum habet n. 8.
Testamentum, in quo quis de bonis et allodialibus et feudalibus disposuit, quoad feuda tantum nullum est. n. 9.

SENTENTIA.

In Sachen der Gräfinnen von E. wider den Grafen zu F. S. appellationis, mütterliche Erbschaft und deshalb ſtreitige Poſſeßion betreffend, iſt communicatio der von Procurator G. übergebenen Renunciationsanzeige wegen vorhin gebetener veniae replicandi an Lt. G. und auf das verhandelte und geſchehenen Beſchluß zu Recht erkannt:

Daß wohl geſprochen und übel appelliret, dannenhero ſententia a qua der Marburger Regierung vom 15ten May 1751 zu confirmiren und zu beſtättigen, Appellanten auch die Koſten dieſer Inſtanz, nach richterlicher Ermäßigung, an den Appellaten zu erſtatten ſchuldig ſeyn; als F. O. A. Gericht confirmiret und beſtättiget, auch ſchuldig erkennet V. R. W.

Publicata ad maiora d. 20. Septembr. 1752.

FACTVM.

Der beyden Theile gemeinſchaftliche Mutter eine gebohrne v. Sp. iſt in der erſten Ehe an den Grafen von S. verheyrathet geweſen, und von denen in dieſer Ehe erzeugten Kindern iſt niemand als der Appellat und eine Tochter übrig. Nach Abſterben des Grafen von S. aber hat ſich deſſen hinterlaſſene Wittib dem Herrn L. E. L. von H. D. an die linke Hand trauen laſſen, aus

aus welcher Ehe dann die appellirende beyde Gräfinnen von E. vorhanden sind. Diese streiten gegenwärtig mit ihrem fratre uterino dem Hrn. Grafen von S. über die mütterliche Nachlaſſenschaft.

Hierunter befinden sich unter andern zwey Güter das eine die F. genannt, welches theils aus Erb- theils aus Fuldischen Mann- und Weiberlehngütern bestehet, und in dem Lehnbrief Wüstung im Hundbach mit dazu gehörigen Aeckern und Wiesen und das Haimbücher Holz genannt wird, das andere zu R. gelegen, ein hessisches Mannlehen. Diese Güter hat der hiesige Generalmajor von Sp. an seine Schwiegersohn den Grafen von S. unter dem Nahmen der H. ischen Güter mit lehnsherrlichen Consens für 13000 Rthlr. dergestalt verkauft, daß derselbe daran 10,000. Gulden für den Brautschatz seiner Frauen zu gut haben, nach Abgang des Gräflich S. ischen Mannsstammes aber die Lehen, gegen Erstattung einer Summe von 5000. Rthlr. an die Allodialerben, wieder an den Sp. ischen Mannsstamm verfallen sollen, und mit diesen Gütern ist der litigirenden Theile Frau Mutter nach dem Tode ihres ersten Gemahls, des Grafen von S., Nahmens ihrer mit demselben erzeugten Kinder von hiesiger und der Fuldischen Lehncammer nicht nur wieder belehnt, sondern ist auch ohne Zweifel wegen ihres darin stehenden dotis und illatorum bis zu ihrem im Jahr 1751. erfolgten Tod in deren völligen Besitz geblieben.

Als aber dieselbe in besagtem Jahr verstorben: so hat ihr aus erster Ehe hinterlassener Sohn. der Herr Graf von S. von den Lehngütern die Possession ergriffen.

Dagegen thäten die Gräfinnen von E., jetzige Appellanten, bey der Regierung zu Marburg Vorstellung, und erklärten sich, die Erbschaft ihrer Mutter cum beneficio legis et inventarii anzutretten, und gründeten sich desfalls auf eine von ihrer Mutter errichtete Disposition; mit Bitte, die gegentheilige Possessions Ergreifung zu cassiren, und sie vor ihre Gütherantheile ab intestato bis zur Publication des mütterlichen Testamentes in die sämmtliche Verlassenschaft zu immittiren.

Die Regierung ertheilte auch causa cognita am 1. März 1751. nachfolgenden Bescheid:

> Daß Frau Implorantinnen mit und benebst dem Herrn Implorato in die Possession der mütterlichen Nachlassenschaft pro rata hereditaria, jedoch dergestalten zu immittiren, daß nach vorgängiger, in sämtlicher Interessenten, oder deren Bevollmächtigten Gegenwart geschehener Resignation und Inventirung der obsignirten, zur mütterlichen Erbschaft gehörigen Effecten und Briefschaften, die Lehen von dem Erbe zu separiren, und Frau Implorantinnen in Ansehung des von ihrer Mutter in und zu erstern angeblich ein- und angewandten dotis, illatorum und sonstigen Meliorationen ihre Forderung in Gefolg des §. 44. der Proceßordnung binnen einem halben Jahr von Zeit ihrer Mutter Tod, als pro termino et prorogatione angesetzten Frist, anzuzeigen und rechtlicher Gebühr nach darzuthun, unter dem in ebenbesagter Ordnung comminirten praeiudicio schuldig zu erkennen, und anzuweisen seyen.

Hierbey liessen es beyde Theile bewenden, bis bey Resignirung der Briefschaften sich ausser der vorhin bemeldeten mütterlichen Disposition von ao. 1736. noch eine andere von 1740. vorfand, worin die Gräfinen von E. zu Universalerben eingesetzt waren. Hierauf stellten dieselbe das remedium

dium ex L. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll. an, und baten, sie in die alleinige Possession der Erbschaft zu setzen. Sie wurden aber von der Regierung durch Bescheid vom 15ten May 1751. des Inhalts:

Daß der Frau Implorantinen Suchen missionis in possessionem solitariam in die Güter quaest. nicht statt habe, sondern es bey der denen Frau Implorantinen durch den Bescheid vom 1ten März dieses Jahres zuerkannten Composseßion und verordneten Immißion in solche noch zur Zeit zu lassen, und so diese, als auch die in besagtem Bescheid verordnete Resignation und Inventarisirung, auch separatio feudi ab allodio von dem vorhin ernannten, oder auf ein oder des andern Theils extrajudiciales Ansuchen zu ernennenden andern Commissario forderſamst vorzunehmen; nach dessen Vorgang und allenthalbiger Berichtigung aber ratione des von denen Frau Implorantinnen gesuchten alleinigen Besitzes der mütterlichen Erbschaft quoad allodium ferner zu erkennen sey. W. R.

mit ihrem Gesuch noch zur Zeit abgewiesen, und wandten sich daher vermittelst des remedii appellationis an dieses Gericht.

VOTUM.

Der Appellanten angestelltes remedium possessorium ex L. f. C. de Ed. D. Hadr. toll. könnte wohl Platz finden, wenn nur die Umstände der Sache darnach qualificirt und die Action bewiesen wäre, als woran es allenthalben fehlet.

RATIONES DVBITANDI.

Denn obgleich das producirte Testament de 1736. mit allen denjenigen requisitis versehen, welche die Rechte bey einem privilegirten testamento parentum inter liberos erfordern, und in
1 so weit mit keinem vitio visibili behaftet ist; massen die Verlassung blos einiger legatorum an extraneos dessen Kraft an und vor sich selbsten nichts benimmt;

BERGER *Oec. iur. p. m. 356.*

daneben auch durch den producirten Kaufbrief über die H. ische Güter bescheinigt worden, daß der Appellanten Mutter in der F. Mühle und dem Gut quaest. 10000 fl. Dotalgelder stehen habe, weshalben ihnen nach Vorschrift der hiesigen Proceßordnung ohngehindert der von Appellanten zuerst geschehenen Possessionsergreifung das ius retentionis nicht zu versagen seyn möchte, mehrerwogen der von Appellaten dagegen gemachte Einwand, daß sie die illata und prätendirte melio-
2 rationes in der bestimmten 6 monatlichen Zeit nicht liquidiret hätten, von deswegen keine Attention verdient, weilen dieser terminus, bey fortdauerndem Streit über die Possession und das ius retentionis an sich selbsten zu laufen noch nicht anfangen kann.

RATIONES DECIDENDI.

Alldieweilen aber

1) die Testatricin in ihrer anno 1740. weiter errichteten Disposition worauf, als die letztere und neueste, alleine zu sehen, von der vorigen darine abgegangen, daß sie die Appellanten zu ihren einigen Universalerben eingesetzt, da doch der Appellat ebenfalls ihr leiblicher Sohn ist, folglich

lich von der Teſtatricin um deſtomehr nothwendig mit zum Erben eingeſetzt werden müſſen, als ſolches in teſtemento parentum ebenfalls erforderlich, und in dieſem teſtamento privilegiato ex 3
ſententia Doctorum communiori nicht einmal eine Exheredation ſtatt hat,

BERGER *O. I. c. l.*

und da dieſes nicht geſchehen, daraus allerdings ein vitium viſibile erwächſet, welches durch das 4
bloße Anführen der Teſtatricin, daß ihre Kinder erſter Ehe bereits abgefunden, nicht ſalvirt werden können;

hiernächſt

2) ſowohl aus dem obangezogenen Kaufbrief, als aus den von der verſtorbenen Mutter Nahmens ihrer Söhne und Kinder erſter Ehe, erhaltenen Lehnbriefen klar erhellet, und auſer allem Widerſpruch iſt, daß das R. Gut durchgehends Heſſiſch Mannlehn ſeye, die F. Mühle aber theils aus Fuldiſchen Mann- und Weiberlehn beſtehe, worüber die Teſtatricin zu diſponiren keine Macht gehabt, welches dann abermalen vor ein vitium viſibile zu halten, ſo dem quäſtionirten Teſtament und darauf gegründeten remedio ex L. f. C. de Ed. D. H. toll. obſtiret; vitium 5
enim viſibile eſt, quod in continenti probari poteſt;

BOEHMER *de act. Sect. 2. C. 3. §. 7.*

maius autem non poterit exiſtere vitium, quam quod oritur ex defectu facultatis teſtandi. 6
Et is in hoc remedio dicitur contradictor legitimus, qui titulum vel fortiorem vel parem demonſtrare poteſt;

COTHMANN. *Vol. 5. Reſp. 15. n. 21.*

und ſoviel

3) das in der neuen Proceßordnung verſtattete ius retentionis ratione dotis illatorum et meliorationum betrifft, die Appellanten ſich deſſen vor ſich allein gegen den Appellaten um deswillen nicht bedienen mögen, weilen dieſer als ein frater uterinus zugleich nebſt ihnen der Mutter ab inteſtato ſuccediret, und pro rata an allen dieſen Forderungen aus den Gütern gleichfalls Theil, mithin ſich des iuris retentionis contra quemcumque ebenſowohl, als die Appellanten zu erfreuen hat; nicht zu gedenken

4) daß alle dieſe praetenſiones durch die von Appellaten in dieſer Inſtanz beygebrachte wichtige Beylagen ſub. litt. K. L. et M. überflüßig abſorbirt ſcheinen:

So können Referentis wenigen Dafürhaltens die angeſtellte remedia nicht vor erwieſen gehalten werden, und ſind die Appellanten dadurch, daß ſie mit der geſuchten poſſeſſione ſolitaria abgewieſen worden, ſo wenig beſchwehret, daß ihnen vielmehr durch die bey allen dieſen Umſtänden und den vorzüglichen Rechten des Appellatens auf die quäſtionirte Güter per ſententiam vom 1ten März verſtattete Compoſſeßion ſehr viel zu gute geſchehen iſt.

Und wie demnach die gravamina ſich ex rationibus ſupra deductis von ſelbſten reſolviren, allermaſſen

ad gravamen 1) die Appellanten aus keinerley Grund eine poſſeſſionem ſolitariam von den quäſtionirten Gütern prätendiren können;

ad

ad grav. 2) die Verabfolgung der obsignirten mütterlichen Mobilien und Briefschaften an die Appellanten nicht geschehen kann; indem der Appellat nicht allein als Miterbe von seiner Mutter in allodio, und als alleiniger succeſſor feudalis in Ansehung der Briefschaften weit mehr als die Appellanten, interessirt ist; sondern auch die Testatricin in ihrer ersteren Disposition de 1736. selbsten bekennt, daß die mehresten Mobilien zur F. Mühle, an Mahlereyen, Tapeten, Spiegeln, Tischen, Canape, Kupfer, Zinn und Eisen ihren S. ischen Kindern gehören, folglich auch in Ansehung der Meublen mehreres Recht, als die Appellanten hat;

ad grav. 3) aber die Erstattung der Kosten dieses processus gegen den Appellaten um so unstatthafter, als vielmehr die Appellanten mit ihrem so offenbar ungegründeten Suchen Unrecht haben, und deswegen dem Appellaten die Kosten ersetzen müssen; übrigens alles dasjenige, was beyde Theile in ihren weitläuftig gestellten petitis hinc inde, wegen Resignirung und Inventirung der Mobilien und Briefschaften, und Separation der Lehne von dem Erbe, der maternorum und paternorum, auch eines anzuordnenden Commissarii vorgebracht, nicht hierher, sondern vor die Regierung zu M. gehört: So concludirt Referens ad pure confirmatoriam cum expensis.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS.

Mir scheinet, meo saltim iudicio die Intention des Appellaten so klar nicht zu seyn.

Das erste von dem Herrn Referenten bey dem mütterlichen Testament quaestionis supponirte vitium visibile, daß nehmlich keine exheredatio liberorum in testamento parentum pri-
7 vilegiato geschehen könne, beruhet in quaestione iuris satis dubia; indem verschiedene Doctores

doc. STRYCK *de cautelis testam. cap. 10. §. 18. et cap. 19. §. 12.*

sich desfalls quoad thesin conträrer Meynung befinden, und es wird quoad hypothesin dieser Satz noch so viel zweifelhafter, da meines Davorhaltens in beyden mütterlichen, quoad certitudinem voluntatis als ein unstrittiges holographum nicht den geringsten Zweifel habenden Dispo-
8 sitionen nicht sowohl eine formelle Exheredation als vielmehr eine institutio inaequalis enthalten ist, diese letztere Art der Dispositionen aber von den mehresten Rechtslehrern auch in testamentis privilegiatis vor zulässig gehalten wird.

doc. BRVNNEMANN *ad auth. quod sine C. de testam. n. 10. ibique plures. Nov. 18. Cap. 7. et Nov. 107. Cap. 3.*

Die haupt ratio decidendi ist also meines Erachtens allein darin zu finden, daß die gemeinsame Mutter Gräfin von S. in gewissermassen über Lehngüter und also super re aliena disponirt hat. Nachdem aber auch hierbey ex facto et iure in Consideration kommt, daß

1) das Gut E., wovon pro nunc noch allein die Frage ist, von der Testatricin Vatter dem hiesigen General von S. als beyder litigirender Theile mütterlichen Grosvatter herkommt, und obschon

2) dieser seinem Schwiegersohn dem Grafen von S. bey seiner Verheyrathung sothanes Gut vor 13000. Rthlr. käuflich überlassen hat, doch dieses

3) dergestalt geschehen ist, daß dabey die der gemeinsamen Mutter dotis loco von ihm mitgegebenen

gegebenen 10000. Gulden oder 6666. Rthlr 24. Alb. 4 Pf. mit ſtatt Zahlung gerechnet, folglich

4) dieſes Gut wirklich über die Helfte von dieſen Dotalgeldern bezahlt worden, ſo daß dadurch

5) die verſtorbene Gräfin wegen dieſer ihrer Dotalgelder das dominium, wenigſtens pro dimidia, von ſothanem Guth gehabt zu haben ſcheinet; da ſie ohnehin

6) hoc titulo vel ſaltim iure retentionis wegen der liquiden 10000. Gulden das Gut quaeſtionis bis an ihr Ende in unwiderſprochenem Beſitz behalten; dahingegen

7) die appellantiſche Gegenprätenſionen noch zur Zeit um ſo mehr in illiquido beruhen, als appellantiſcher Seits auf die zu deren Beſcheinigung in hac inſtantia allererſt producirte documenta ſich noch gar nicht eingelaſſen worden, und alſo auch darauf noch zur Zeit gar nichts mit Zuverläßigkeit zu erkennen ſtehet, und wenn man auch ſchon

8) vorausſetzen wollte, daß die mütterliche Diſpoſition quoad feudalia nicht beſtehen könnte, und alſo vitio laborire, doch eines theils auch ex actis und aus den Lehnbriefen ſelbſt erſcheinet, daß bey der F. mühle ſich verſchiedene allodialia befinden, und andern theils dieſes doch die letzte 9
Willensverordnung quaeſtionis nicht in totum, ſondern nur quoad feudalia et reliqua paterna unkräftig machen kann;

doc. BOEHMER *in Conſil. Hall. Tom. 2. Reſp. 106. n. 45. Reſp. 251. n. 16. et Tom. 3. Reſp. 798. n. 33.*

im übrigen aber aus vorangeführten Urſachen

9) nicht ſo ſchlechterdings dafür gehalten werden mag, daß dieſes Gut für ein paternum zu halten ſeye; wenigſtens auch

10) nicht zu leugnen ſtehet, daß denen appellantiſchen Gräfinnen wegen der mütterlichen 10000. Gulden, welche auf dem Gut liquido haften, und worüber doch allenfalls teſtiret werden können, das ius retentionis zuſtehen ſollte: So kann Correferens ſeines Orts nicht anders davor halten,

als daß dem Appellaten blos die Compoſſeßion in Anſehung der zu dem Gut F. mühle gehörigen, in dem Lehnbrief deutlich exprimirten Lehnspertinenzien zu zu erkennen ſeye.

Wollten aber doch maiora auf pure confirmatoriam ſchlieſſen, ſo findet Corref. allenfalls die Sache ex adductis doch nicht ſo gethan, daß man pro voto Domini Referentis die Appellanten in expenſas condemniren könne.

DECISIO CXCI.

ARGUMENTUM GENERALE:

AN ET QVATENVS IN CAVSIS VENATIONEM CONCERNENTIBVS, VBI PRIVATVS CVM PRINCIPE LITIGAT, POSSESSORIVM IN HASSIA NOSTRA LOCVM HABEAT?

SUMMARIA.

Ex relatione.

Super regalitate venationis interpretes iuris certant, et quatenus in tali cauſa poſſeſſorio contra fiscum locus ſit, adhuc ſub iudice lis eſt. n. 1.

Sententia eorum, qui pro fisco decidunt, praeſertim ſecundum leges Haſſiacas magis fundata eſſe videtur. n. 6.

Fiſcum de facto neminem ex poſſeſſione mittere poſſe, propius vero eſt. n. 2.

Imo noſtrae conſtitutiones poſſeſſorium ſummariiſſimum in genere contra Principem concedere videntur. n. 3.

Quidam Doctores ad effectum manutentiae in regalibus poſſeſſionem decennalem requirunt. n. 4.

Secundum leges Haſſiacas thema deciſionis noſtrae negative decidendum videtur. n. 5. 11.

Ex correlatione.

Sententia, votis plurimis probata, poſſeſſorium ſummariiſſimum contra fiscum admittens. n. 7. ſeqq.

De modo probandi praeſcriptionem immemorialem in tribunali noſtro vſitato. n. 8.

In poſſeſſorio ſummariiſſimo contra fiscum qualitas et iuſtitia poſſeſſionis reſpicienda eſt. n. 9.

Dubia e legibus noſtris ſpecialibus petita removentur. n. 10.

SENTENTIA.

In Sachen Procuratoris fisci. aſſiſtendo dem Landwindhetzer G., wider die verwittibte Obriſtin von Meyſebuch zu Retteroda; puncto der Jagd in der Hupfelder Feldmark, und dem ſo genannten Rohrwig: iſt auf das bis dahin verhandelte hiermit Vorbeſcheid:

kann und wird Appellatin, wie ſie hiermit zugelaſſen iſt, die angebliche poſſeſſionem vel quaſi der in locis quaeſtionis prätendirten Jagensgerechtigkeit binnen zwey Monaten peremtoriſcher Friſt ſalva reprobatione rechtsbehörig bey dieſem O. A. Gericht annoch beybringen: ſo ergehet alsdann in der Sache ferner W. R.

Ad maiora publicata d. 1. Iul. 1767.

FAC-

FACTVM.

Die verwittibte Obristin von M. hat in anno 1764. bey hiesiger Regierung sich über den Landwindhetzer G. zu Oberk. beschwehret, daß derselbe, ohngeachtet sie und ihre Vorfahren in den ältern, mittlern und jüngern Zeiten die Jagd in der Hupfelder Feldmark ruhig exerciret, ihrem Jäger die Flinte gewaltsamer Weise abgenommen, auch unterm 14ten Jun. a. p. den Bescheid erhalten:

daß Implorantin bey dem Besitz der Jagd in der Hupfelder Feldmark, solange bis in possessorio ordinario oder petitorio ein anderes ausgeführt worden, Einwendens ungehindert, zu schützen, und Implorat derselben, die abgepfändete Flinte zu restituiren, auch sich aller ferneren Beeinträchtigungen zu enthalten schuldig seye;

worauf Procurator fisci Nahmens des Windhetzers G. an dieses Tribunal appelliret hat.

VOTVM.

Bey vorliegender Entscheidung dieser Sache kommt es auf die in thesi vielfältig bestrittene Rechtsfrage an:

ob nehmlich Appellatin in Ansehung der prätendirten Jagd mit Recht gegen den Procuratorem fisci nomine Principis in possessorio summariissimo, auch blos deswegen, weil solche jener tacendo vermeyntlich nachgegeben haben solle, manuteniret werden könne?

RATIONES DUBITANDI.

Nun ist

1) bekannt, wie unterschieden die Meynungen der Doctorum sowohl über die Regalität der Jagd an sich, als auch besonders über die Frage seyen; wie weit das possessorium in solchen Fällen contra Principem statt finde, und will sich Referens hierunter, um nicht andere auctores auszuschreiben, nur auf dasjenige beziehen, was 1

PVFENDORFF. *in introd. in proceſſ. civil. P. 1. Cap. 6. §. 13.*

wegen des dieserhalb zwischen Herrn Bilderbeck zu Celle, und dem nunmehrigen Vice-Canzler Herrn Strube zu Hanover in anno 1728. und 1731. öffentlich ventilirten Streits in der Kürze zusammengezogen, auch der Herr Assessor

V. CRAMER. *in opuſc. T. 3. Opuſc. 1.*

weitläuftiger angeführet hat. Es ist auch nicht zu leugnen, daß

2) die Meynung derjenigen vielen Grund zu haben scheint, welche in thesi behaupten, daß auch der fiscus nicht befugt sey, einen de facto seiner Possession zu entsetzen, mithin gegen diesen das ad hunc effectum verordnete summariissimum ebenwohl statt finden müsse; 2

vid. PVFENDORFF *supr. cit. loc.*

und soviel in specie

3) die hiesige Landesverfassung betrifft, ist nicht allein in den landesherrlichen resolutionibus ad desideria statuum vom zweyten Octab. 1655, daß es ratione possessorii momentanei nach den gemeinen Rechten gehalten werden solle, versehen, sondern auch in dem Landtagsabschied 3

de anno 1731. die dahin abzielende Handhabung eines jeden bey ſeinen hergebrachten Rechten ſtipuliret, und in dem neueren von der Appellatin allegirten Edict wegen Verbeſſerung der Juſtiz §. 1. die Ausführung des poſſeſſorii ſummariiſſimi ausdrücklich zugelaſſen; es möchte auch

4) die beyliegende hieſige Jagdordnung vom 26ten Nov. 1722. nicht im Wege zu ſtehen ſcheinen; indem die Appellatin behauptet, daß die daſelbſt verordnete Probation einer immemorialen Poſſeßion nur auf das petitorium gehe, mithin caeteris paribus das poſſeſſorium ſive ſummariiſſimum, ſive ordinarium, keinesweges ausſchlieſſe; und zwar dieſes

5) um ſo weniger in ſubſtrato, da der apellantiſche Procurator fiſci in libello gravaminum das poſſeſſorium nicht für unſtatthaft anerkennet; indem er vorhin angeführter maſſen ſelbſt gebeten:

> die Appellatin in poſſeſſorio vel ordinario zugleich mit Darthuung der Poſſeßion des prätendirten Jagdexercitii zu Edirung ihres tituli anzuweiſen.
>
> vid. pag. 24. ad huius inſt.

Wollte man aber auch

4 6) von Seiten dieſes Tribunals den theſin des nicht zu admittirenden ſummariiſſimi annehmen: ſo würde doch noch die Frage übrig bleiben, ob nicht wenigſtens das von

LEYSER. *Sp. 499. Med. 8.*

und

BERGER. *in elect. proc. poſſeſſor. th. 26.*

behauptete Temperament einer gegen den fiſcum ad effectum manutenentiae in regalibus hinlänglichen zehenjährigen Poſſeßion um ſo ehender auch in caſu ſubſtrato pro norma zu nehmen, da prior Dom. Referens vor Erkennung der proceſſuum in ſeinem voto angeführet, daß von Seiten dieſes Tribunals ſchon vorhin hiernach geſprochen ſeyn ſoll, und wann man

7) dieſes vorausſetzt, ſo dürfte kein Zweifel übrig bleiben, daß nicht die appellatiſche vorgebliche Poſſeßion von dem iudicio prioris inſtantiae mit Grund für eingeſtanden angenommen worden; weil teſtantibus actis Procurator fiſci erſt in dieſer Inſtanz dem widerſprochen, in voriger aber nur blos auf den Beweis des tituli beſtanden hat.

RATIONES DECIDENDI.

Nachdem aber doch

5 1) die hieſige auf vorheriges von hieſiger Regierung vi reſcripti vom 20ten Februar erfordertes Gutachten ergangene landesherrliche Jagdordnung de anno 1722. §. 4. überhaupt verordnet:

> daß allen denjenigen, welche nicht mit der Jagensgerechtigkeit überhaupt aus Gnaden berechtiget, oder daß ſie ſolche über Menſchen gedenken jederzeit ruhig hergebracht, erweislich beyzubringen im Stande, das Jagdzeug abgenommen, und die Pfandungen bey den Regierungen oder Beamten niedergelegt werden ſollen;

dabey auch

2)

Digitized by Google

2) daß dadurch die Zulaſſung eines poſſeſſorii ſummarii vel ordinarii für unſtatthaft erkannt worden, Referentis Ermeſſen nach ſoviel weniger Zweifel übrig bleiben will, da in dem ſogleich folgenden 5ten §. eben dieſer Verordnung noch weiter ſtatuiret iſt:

> daß um alle Turbationsklagen, (welche doch ohne Zweifel ad poſſeſſorium gehören,) und alle verdrießliche Conſequenzien, wie es heiſt, zu vermeiden, ein jeder, welcher beſondere Jagd conceſſiones erlangt, und die Jagdgerechtigkeit, wie vor gemeldet, hergebracht habe, bey Verluſt derſelben, ſolche binnen einem halben Jahre a die publicationis dieſer Verordnung bey denen nachgeſetzten Regierungen auch Oberjagd- und Forſtbeamten in originali, oder beglaubter Abſchrift produciren, in deſſen Entſtehung aber die Pfändung oder Beſtrafung ſtatt finden ſolle;

dieſemnach alſo

3) bey dem ſo klar vorliegenden Geſetze deſtoweniger nöthig ſeyn will, ſich bey dem Streit quoad ius in theſi, ob die Jagd pro regali maiori oder minori zu achten, und ob dabey ein 6
poſſeſſorium contra Principem ſtatt finde, ſoviel die hieſige Lande betrifft, aufzuhalten; da der vorhin allegirte Aſſeſſor

VON CRAMER *cit. tom. 3. Opuſc. 1.*

die Meynung derjenigen, welche hierunter pro fisco geſchrieben, und daß ſolche auch bey dem Reichscammergericht ehedem angenommen geweſen, nicht allein überhaupt mit nicht zu verwerfenden Gründen beſtättiget, ſondern auch,

4) ſoviel in ſpecie die hieſige heßiſche Lande betrifft,

§. 9. *ibid.*

mit mehrerem dargethan hat, daß nicht allein die Juriſtenfacultät zu Marburg ſchon längſt hiernach geſprochen, ſondern auch der ehemalige Canzler Schäfer bereits unterm 25ten Septemb. 1711. gezeiget, daß durch die in ao. 1655. ertheilte Reſolution ad deſideria ſtatuum keinesweges die Admißion des poſſeſſorii ſummariiſſimi feſtgeſtellet, ſondern ſelbige ſich nur auf die gemeine Rechte beziehe; dieſes aber in contrarium nicht allegirt werden könnte, weil bekantermaſſen die Meynung der Rechtslehrer, was hierunter für gemeinen Rechtens zu halten, ſehr getheilt, und ſoviel pro fisco als contra fiscum allegirt werden; eben ſo wenig auch

5) der Landtagsabſchied de anno 1731. als die neuere Ordnung wegen Verbeſſerung des Juſtizweſens dieſerhalb ein anderes ſtatuiren; indem erſterer weiter nichts enthält, als daß ein Landſtand, bey dem, was er legitime hergebracht, (unter welchem Ausdruck wohl niemand das bloſe poſſeſſorium ſummarium oder ordinarium verſtehen kann,) gelaſſen werden ſolle; letztere hingegen gar nicht von dem Falle, wie weit das poſſeſſorium contra Principem ſtatt finde, ſondern nur überhaupt von dem in poſſeſſorio ſtatthaften Proceß, und wie ſelbiger zu inſtruiren, ihrem Inhalt nach redet; ferner

6) der beſchehenen Nachfrage zu folge ſich nirgends finden will, daß dieſes Tribunal die vorhin allegirte Meynung des Leyſers und Bergers einer gegen den fiscum anzunehmenden zehenjährigen manuteniblen Poſſeßion in regalibus per iudicata adoptirt haben ſollte; ſolches auch we-

Digitized by Google

gen des ausdrücklich obstirenden Landesgesetzes nicht einmal vermuthlich seyn will; im Gegentheil die relationes

in Sachen *Procurat. fisci* zu Marburg *c.* von Milchling, sodann *c.* von Vulte

zeigen, daß dieses Gericht jederzeit auf die Jagdordnung gesprochen, und daß obgleich in causa

Procurat. fisci, allhier *c.* von Stockhausen, und Burgermeister und Rath zu Homberg

auf das possessorium ordinarium confirmatorie erkannt worden, doch daraus kein praeiudicium vor den gegenwärtigen Fall in contrarium herzuleiten seye, weil Procurator fisci in beyden Fällen den Beweis in possessorio ordinario, ohne sich auf die Jagdordnung zu beziehen, nachgegeben, und nur wegen anderer Puncte appellirt gehabt, mithin von ersterem keine Frage gewesen; endlich

7) aus eben dieser Ursache auch auf das unschickliche und confuse petitum des Procuratoris fisci keinesweges zu reflectiren, sondern mit desto besseren Fug ad normam legis zu erkennen stehet, weil

8) der scheinbare Einwand, als ob es gleichwohl hart sey, daß ein privatus sofort de facto seiner Possession entsetzt werden könne, ausserdem, was der Herr Assessor von Cramer dagegen supra cit. loc. in not. lit. f, nebst andern angeführet hat, auch dadurch seinen Abfall leidet, weil daraus nach hiesiger Jagdordnung weiter nichts folgt, als daß derjenige Unterthan, welcher sich über desfalsige turbationes beschwehret, nach Maaß dieses Edicts sich nicht, wie die Appellatin ohne Allegirung des geringsten tituli, auf blose narrata in puncto praetensae possessionis gründen, sondern daß er und seine Vorfahren die Jagensgerechtigkeit bereits vorhin binnen dem gesetzten halbjährigen Termin beygebracht, oder daß er solche noch seit undenklichen Jahren exerciret, bey seinem Manutenenz gesuch zugleich mit darthun müsse: so concludiret Referens aus allem diesem, daß nicht anderst als reformatorie zu erkennen, doch aber die Sache zur weiteren Ausführung an das iudicium a quo noch zur Zeit nicht zu remittiren, sondern ꝛc.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS. I.

Ich nehme aus der Jagdordnung vom 26. Nov. 1722. §. 9. für bekannt an, daß wer die Jagdgerechtigkeit prätendirt, entweder ein schriftliches privilegium aufweisen, oder solche über Menschen Gedenken jederzeit ruhig hergebracht haben müsse. Ich setze ferner voraus, daß nach ausdrücklicher Vorschrift eben dieser Jagdordnung §. 5. ein jeder, welcher solche Jagdconcessionen erlanget, und die Jagensgerechtigkeit, wie vorgemeldet hergebracht, bey Verlust derselben solche damalen a. 1722. binnen einem halben Jahr a dato publicationis dieses, bey denen Regierungen, auch Oberjagd- und Forstbeamten allhier, in originali oder beglaubter Abschrift produciren müssen, und zwar in der Absicht, daß alle Turbationsklagen und andere verdrießliche Consequenzien soviel möglich vermieden bleiben, auch die Jagdbezirke nicht über die Gebühr oder die erlangte Vergünstigung und die determinirte Zeiten extendirt würden. Man pflegte dergleichen Vorsicht auch in andern Fällen anzuwenden, und hiese es daher in dem Landtagsabschied von 1731. §. 10. daß diejeni-

Digitized by Google

diejenigen von Prälaten, Ritter und Landschaft, so mit Brandewein- Bier- und Weinschenken entweder belehnt, oder sonsten von Alters her privilegirt, oder darzu die Gerechtigkeit von ohndenklichen Jahren geruhig hergebracht, dabey gelassen und gehandhabt, folglich niemand desfalls in seiner Befugniß gekränkt werden solle; zu dem Ende dann ein jeder seine privilegia bey den Regierungen, und der Renthcammer in beglaubter Form vorzeigen könne. Was aber in diesem Fall voluntatis war, solches war in jenem Fall nach der Jagdordnung necessitatis. Wer über seine Jagdgerechtigkeit privilegia in Händen hatte, der konnte nicht nur, sondern mußte solche produciren. Wer aber nichts zu produciren hatte, der konnte natürlicher Weise ein mehreres nicht thun, als daß er anzeigte, daß er die Jagd über Menschen Gedenken ruhig hergebracht habe. War dieses Angeben dem Jagdforstamt bekannt, so wurde es auch für bekannt angenommen, und hatte es darauf sein Bewenden. Wollte ihm aber sein Angeben in Zweifel gezogen werden, so mußte er die praescriptionem immemorialem erweisen, und kame es also dadurch zu einem Proceß, welcher auch bey einem privilegio alsdann unvermeidlich war, wann man solches nicht gelten, oder selbiges in ein und andern Stücken etwa anderst erklären wollte e. g. nur von hetzen und fangen, nicht aber von pirschen und schiesen.

Endlich setze ich auch noch aus der Jagdordnung dieses als bekannt voraus, daß den Falkonieren, Windhetzern, Förstern, Jägern, Vogelfängern und Hasenhetzern auf das schärfste und bey Verlust ihrer Dienste befohlen wurde, fleisig acht zu haben, und diejenige, welche nicht privilegirt oder die Jagd auf vorbeschriebene Art hergebracht, mit Abnehmung des Jagdzeuges zu pfänden und ohnverzügliche Anzeige zu thun.

Wenn ich nun hierbey die rechtliche Vermuthung zum Grund lege, daß jeder dasjenige, was ihm bey Verlust seiner Gerechtigkeit befohlen, und wozu er respective bey Verlust seines Dienstes angewiesen worden, wirklich gethan habe: so mache ich hieraus billig den Schluß, daß nicht allein diejenige, welche a. 1732. und in den nachfolgenden Jahren gejagt, ihre Befugniß auf eine oder die andere Art in der Maasse gezeigt haben müssen, daß solche damalen vor bekannt und richtig angenommen worden, sondern auch daß die Forstbedienten, vermöge ihrer pflichtmässigen beständigen Aufsicht, worzu die mehresten ohnehin von Natur sehr geneigt scheinen, in den seithero verflossenen 44. Jahren keine neue Privatjagd werden haben aufkommen und niemand neuerlich jagen lassen, der nicht auch a. 1723. gejagt gehabt. Es könnte also wohl gar noch die Frage aufgeworfen werden, ob nunmehro hier in Hessen in petitorio noch auf praescriptionem immemorialem zu erkennen nöthig, und ob nicht genug seye, wann jemand beweisen könnte, daß er seit 30. bis 40. Jahren ruhig gejagt hätte? Weil aber doch dem Procuratori fisci der Gegenbeweis, daß der andere keine praescriptionem immemorialem vor sich habe, bevor bleiben müßte: so will ich auch nachgeben, daß jeder, welcher die Jagdgerechtigkeit prätendiret und kein privilegium vor sich hat, noch jetzo die praescriptionem immemorialem erweisen müsse, bevorab in der Maase, wie die praescriptio immemorialis nach denen bey diesem Tribunal

secund. doctr. PVFENDORFF. *Obs. iur. univ. T. 1. Obs. 151. T. 2. Obs. 54.*

allbereits in einigen Fällen angenommenen principiis erwiesen wird.

Allein

Allein wenn gleich derjenige, welcher die Jagdgerechtigkeit prätendiret, den Beweis der praescriptionis immemorialis übernehmen muß: so folgt doch daraus nicht, daß ihn der andere deswegen aus der Posseßion setzen, und ihm bis zu erledigten petitorio die Jagd verbieten könne; sonst müßte auch derjenige, welcher actione negatoria klagt, dem andern den Gebrauch der Servitut, in deren ohnleugbaren Besitz er ist, solange bis er in petitorio Beweis geführet, und den Proceß gewonnen hätte, untersagen können. Meines ohnzielsetzlichen Erachtens können daher einem solchen, welcher die Jagd bisher ante litem motam ererciret hat, die remedia possessoria nicht denegirt werden, und dieses um soviel weniger, da seit der Jagdordnung oft und vielmals in possessorio litigiret, und bey diesem Tribunal darinen erkannt worden, auch selbst in dieser Sache vom Procuratore fisci nicht behauptet wird, daß gar kein possessorium statt haben könne.

Es fragt sich also nur, ob das possessorium summariissimum oder blos das ordinarium contra Principem statt habe?

Nach den gemeinen Rechten scheinet diese Frage zweifelhaft zu seyn. Einige halten dafür, daß die remedia possessoria gar nicht, andere hingegen, daß sie eben so, wie contra privatum, auch contra Principem statt fänden.

LYNCKER *in anal. ad Pand. L. 43. Tit. 1. §. 7.*
a LEYSER *Spec. 499. Med. 8.*

Andere aber machen hiervon eine Ausnahme, daß in regalibus eine 10 jährige Posseßion erfordert werde.

a LEYSER *ibid. Med. 9.*

Gleichwie jedoch diese letztere Meynung in nulla lege expressa fundiret ist, und das interdictum uti possidetis, sowohl das summariissimum als ordinarium unter sich begreifet;

vid. *relat. huius tribunalis in causa* von Baumbach *c. Greve et consort. d. 12. Mart. 1767.*

mithin eine zehenjährige Posseßion nicht zum summariissimo, sondern offenbar zum ordinario gehöret, ja so gar eine längere Zeit in sich begreift; als an und für sich zu besagtem ordinario erfordert wird: So halte ich meines Orts ohnmaßgeblich dafür, daß wo jemand in Posseßion ist, und ihm das vitium violentiae, clandestinitatis, vel precarii nicht obstiret, wenn nehmlich a parte adversa dergleichen vitium nicht bewiesen, oder ex possessione anteriore nicht präsumiret werden könne,

conf. diff. relatio.

daß er bey solcher possessione, auch contra fiscum manutenirt werden müsse; folglich nur inso weit das possessorium summariissimum ceßire, daß nicht qualis qualis possessio attendiret, sondern qualitas et iustitia possessionis mit in Betrachtung gezogen, und wenn der Fiscal das vitium possessionis in continenti beybringen kann, er eben sowohl wie ein anderer damit gehöret wird. Ein privatus wird freylich bey einer Sache nicht manuteniret, die er zu besitzen vorgiebt,

die

die er aber ihrer Natur und Beſchaffenheit nach ſine titulo nicht beſitzen kann, wann er nicht einen titulum dociret, oder wenigſtens allegiret.

MEV. *P. 1. D. 102. n. 12. P. 3. D. 205. P. 4. D. 130. et D. 356. P. 8. D. 283. n. 4. 6.*

Allein wann er bey einer Sache, welche praeſcriptione immemoriali acquiriret werden kann, dieſen titulum allegiret, und zugleich, daß er bis jetzo in ruhigem Beſitz ſeye, behauptet: ſo muß er zwar die praeſcriptionem immemorialem in petitorio billig darthun, inzwiſchen aber ſolange, bis der andere das petitorium anſtellet, und ſolches definitive entſchieden wird, durante lite bey der Poſſeßion, worinen er auch nur hoc anno geweſen zu ſeyn darthut, inſofern der andere kein vitium poſſeſſionis als vim, clandeſtinitatem vel precarium erweiſen, oder de poſſeſſione antiquiore dociren kann, manutenirt werden.

Dieſem allem nun ſind auch, wie bekannt, Fürſtliche reſolutiones de a. 1655. gar nicht zuwider. Es heiſet zwar darinen,

ſoviel aber 5) das poſſeſſorium momenti betrifft, ſoll und muß es dabey nach den gemeinen Rechten gehalten werden;

woraus aber weiter nichts folgt, als daß man contra ius commune nichts habe ſtatuiren wollen. Dahingegen wird kurz vorher ausdrücklich feſtgeſtellt, daß ſowohl das poſſeſſorium ſummariiſſimum als ordinarium contra Principem ſtatt finden ſolle, indem es allda heiſet:

und wann 2) Sachen, dabey J. F. G. intereßirt, ſo von keinem ſonderbaren praeiudicio ſeyen, vorfallen, ſollen dabey die Austräge in Entſtehung der Güte nicht ſtatt haben, ſondern dieſelbe ſecundum iura und der Canzleyordnung gemäß bey der Canzley erörtert werden. Was aber Sachen maioris praeiudicii belangt, ſollen dieſelbe zuforderſt ebenmäßig bey der Canzley gehöret, und wo möglich im Guten verglichen werden. Im Fall aber die Güte nicht ſtatt finden ſollte, ſondern die Sache durch Beſcheid decidirt werden müßte, und man alsdann in poſſeſſorio momentaneo verſirte, ſo ſoll zuforderſt attendirt werden, ob ein Theil ſeine angegebene Poſſeßion entweder per documenta oder rechtliche praeſumtiones fundirt hätte, und auf ſolchen Fall, wofern das Gegentheil ſich nicht etwan auf documenta, rechtliche praeſumtiones oder Beweisthum berufen würde, ſoll ſecundum acta et probata geſprochen werden. Auf den Fall aber das Gegentheil ſich auch auf Documente oder Beweisthumb, oder dergleichen beziehen würde, ſo ſoll alsdann demſelben nicht allein zu Uebergebung ſeiner Artickel cum denominatione teſtium omiſſis interrogatoriis ein terminus gegeben, ſondern auch, wenn die Zeugen darauf, ſo es begehret würde, iurato abgehört, demſelben die atteſtationes ſeiner Zeugen communiciret, und darauf noch eine Schrift in einem den Umſtänden gemäſſen termino einzubringen verſtattet, und alsdann darauf geſprochen, immittelſt aber die litigioſa poſſeſſio, wo nöthig, ſequeſtriret, und es im übrigen, wann beyde Theile ſich auf dergleichen Beweisthumb beziehen, ebenermaſſen gehalten werden, auch wann die Sache hernach ad poſſeſſorium ordinarium käme, keinem Theil hierdurch pleniores et ſollenniores probationes abgeſchnitten ſeyn. Wenn aber

aufſerhalb dem poſſeſſorio momentaneo eine andere Sache nach der gütlichen Verhör entweder ad poſſeſſorium ordinarium oder petitorium, oder ſonſten zu Recht erwachſen ſollte, in dieſem letzten Fall bleibt der Ritterſchaft unbenommen, entweder die Sache vor der Canzley oder den Austrägen auszuführen und reſpective zu ſtehen. Und damit man ſich in einen und andern dergleichen in J. F. G. intereſſe laufenden Sachen, die bey der Canzley ventilirt werden, um ſovielweniger einiger Partheylichkeit zu befahren, wollen J. F. G. über dasjenige, was diesfalls in der Canzleyordnung ſchon enthalten, darinnen zum Ueberfluß noch ferners Dero Räthe per generalem relaxationem ihrer Pflichten eventualiter erlaſſen.

Ich concludire daher dieſem allen nach dahin, daß Appellant, Einwendens ohnerachtet, auf die Klage ſich einzulaſſen ſchuldig ſey.

VOTVM ADDITIONALE DNI. REFERENTIS.

11 Es ſcheinet mir dasjenige, was der Herr Correferens gegen die Diſpoſition der Jagdordnung anführet, mehr eine interpretationem authenticam als doctrinalem et uſualem zu involviren, zumalen bey unſerm Tribunal praeiudicia in contrarium in relatione allegirt und in correlatione nicht widerlegt ſind.

Wenn blos von der theſi iuris in caſu ſubſtrato die Frage wäre, ſo würde ich mich contra fiſcum determiniret haben. Da es mir aber in vorliegendem Fall blos auf dasjenige anzukommen geſchienen, was vermöge der landesherrlichen Jagdordnung, und der darauf ſich gründenden vorherigen Erkenntniſſe dieſes Tribunals bereits feſtſtehet, ſo ſehe ich auch nicht, was der allegirte paſſus aus denen Fürſtlichen reſolutionibus de ao. 1655. da ſie ohnehin weit älter als die quäſtionirte Verordnung ſind, in hypotheſi zur Entſcheidung beytragen könne.

Daß in regula, wie dieſe reſolutiones beſagen, der proceſſus poſſeſſorius auch contra fiſcum ſtatt finde, ſolches hat bey uns keinen Zweifel, ob aber ſolches, und zumalen das ſummariſſimum, nach Maaß der Jagdordnung und allegirten praeiudiciorum, auch in Jagdſachen Platz greife, darauf beruhet cardo noſtrae quaeſtionis, welche ich mir ex adductis in relatione noch immer nicht zu affirmiren getraue.

Da auch in mehreren andern Ländern und deren Geſetzen mit Beyfall ſehr vieler von denen relative von mir bemerkten Auctoribus allegirten Rechtslehrern das contrarium ſtatuiret wird, ſo kann ich auch bey der bisherigen Obſervanz keine Unbilligkeit finden.

Interim lubenter cedo maioribus. Nur muß noch erinnern, daß nicht auf eine weitere Einlaſſung erkannt werden könne; indem der Procurator fiſci wirklich in dieſer Inſtanz ſich eingelaſſen, und den appellatiſchen allegirten Beſitz ſchlechterdings negirt hat. Mithin wird wenigſtens, ſtante etiam illa hypotheſi auf den von Seiten der Appellatin in hoc poſſeſſorio beyzubringenden Beweis zu interloquiren ſeyn.

Peracta probatione ſecundum maiora praeſertim ob diſpoſitionem reſolutionum Principalium de a. 1655. admiſſa, ſequens lata eſt

SEN-

SENTENTIA DEFINITIVA.

In Sachen ꝛc. iſt auf alles weitere An- und Vorbringen, und erfolgten Schluß zu Recht erkannt:

Daß Appellatin dasjenige, was ihr durch Vorbeſcheid vom 1ten Jul. a. pr. zu erweiſen auferlegt worden, hinlänglich erwieſen, mithin dieſelbe nunmehro bey der poſſeſſione vel quaſi der Niedernjagd an den quäſtionirten Orten in ſolange, bis Appellant in petitorio ein anderes ein- und ausführet, zu ſchützen, und ſolchergeſtalt der Regierungsbeſcheid a quo vom 14ten Jun. 1766. auch alles ſeines übrigen Inhalts zu confirmiren ſey. Als F. O. A. Gericht zu recht erkennet, manuteniret, und confirmiret, die Unkoſten aber vergleichet V. R. W.

Publicata d. 29. Iun. 1768.

DECISIO CXCII.

ARGUMENTUM GENERALE:

DE IVRE AEDIFICANDI IN SVO, LEGIBVS RESTRICTO.

SVMMARIA.

Pendente appellatione continuatio novi operis praeſtita cautione permitti poteſt, tam ante quam poſt elapſos tres menſes. n. 1.
Modo ius nunciantis et aedificantis dubium ſit. n. 2.
Nec nuncianti inſigne damnum immineat. n. 3.
Iniuſta eſt aedificatio, quae non intermiſſo legitimo ſpatio, aut contra ſtatum antiquorum aedificiorum peragitur. n. 4.
Cauſae aedificiorum celerrimae expeditionis ſunt. n. 5.
Iudex litium multiplicationem vitare debet. n. 6.
Quousque licentia aedificandi in ſuo legibus romanis reſtringatur. n. 7.
Nihil eſt, cur his legibus hodie uſum denegemus. n. 8.
Aequum eſt legem, etſi hactenus minus obſervatam, ſi de contraria obſervantia non conſtat, in uſum revocare. n. 9.
Conſpirat cum iure romano praxis Tribunalis noſtri. n. 10.
Furnum ſecundum parietem alterius habere non licet. n. 11.

DECRETVM.

In Sachen des Geheimenraths und Univerſitäts-Vicecanzlers Eſtor und Conſorten zu Marburg, in actis benannt, wider den Beckermeiſter Blenner daſelbſt, puncto novi operis nunciationis:

Digitized by Google

Sind die von Procurator Dr. F. gebetene Appellationsprocessus hiermit abgeschlagen, sondern wird die Sache ihrer Beschaffenheit nach an das iudicium a quo mit der Verordnung zurück gewiesen, um dem Appellaten den vorhandenen Bau, so weit er solchen höher als der vorige gewesen, hinauf zu führen, und die in dem Sch. ischen Hause vorhandene Fenster und Löcher zu verbauen, auch sonst zu der Appellanten Nachtheil denselben weiter, als den alten Bau zu extendiren gemeynet ist, schlechterdings zu untersagen; im übrigen aber, da sowohl des Appellaten als der Mitappellantin Sch. Backofen beyde gefährlich angelegt sind, und an einem so gefährlichen Orte zeither zur grösten Ungebühr Boden und Cammern mit Fourage angefüllet worden, der Policeycommißion darunter die allenthalbige nöthige Verfügung zu überlassen.

Datum d. 16. Nov. 1763.

FACTUM.

Die Appellanten haben dem Appellaten wegen der vorgenommenen Erhöhung eines Baues novum opus nunciiret. Burgermeister und Rath zu M. aber haben unterm 16ten Jun. 1763. die Vollführung des Baues gestattet, und dem Appellaten nur injungiret, die Ausführung nicht anderst als nach policeyrichterlich vorhergehendem Gutfinden, und desfalls geschehener Regulirung zu unternehmen. Von diesem Bescheid haben sich die Appellanten an die Regierung gewendet; nachdem aber dieselbe per decretum vom 14ten August pendente appellatione die Vollführung des Baues gegen 100. Rthlr Caution de demoliendo erlaubt: so haben dieselben weiter anhero appelliret.

VOTVM.

In facto stehet fest, daß Appellat einen Bau erhöhen will, und ob es zwar noch zur Zeit in der Appellanten blosen Angeben beruhet, daß der Appellat auf einen in den letztern Kriegsjahren ohnbefugter weise, wider die hölzerne und leimerne Wände des benachbarten Wirthshauses zur Sonnen angelegten Backofen nunmehro gar noch zu der ganzen Stadt und der benachbarten Appellanten, besonders aber des Geheimenrath Estors und dessen ansehnlichen Bibliothec augenscheinlicher Gefahr einen selbst beym Augenschein für unzulässig erkannten Heu- Stroh und Holzboden setzen, und dadurch den bereits ohngebührlich versperrten Feuerplatz noch mehr verbauen, und zwar unter der Appellantin Sch. Dachtraufe dergestalt in die Höhe führen, daß er, ohne dazu eine Servitut zu haben, die Balken in ihre Wand immittiren wolle: so ist doch vorerst soviel gewiß und von iudicio primae instantiae anerkannt worden, daß der vorhabende Bau nicht anderst aufgeführt werden könne, als nach vorhergehendem policeyrichterlichem Gutfinden, und desfalls geschehenen Regulirung, wie weit es dem gemeinen Wesen ohnnachtheilig sey, welche Clausel ohnnöthig gewesen, wann das vorhabende Gebäude von den benachbarten weit genug entfernt wäre, und nicht vielmehr nahe daran stosen, oder wohl gar damit zusammenhängen sollte. Ist aber dieses, oder es können auch appellantes ihr Angeben in continenti erweisen, wie dann solches aus dem blosen Augenschein sich ergeben muß: so sind auch dieselbe allerdings dadurch graviret, daß dem Appellaten, pendente appellatione das Fortbauen gegen Caution gestattet worden. Daß dieses pendente appellatione geschehen könne, wird zwar von vielen Rechtsgelehrten behauptet,

MEV.

MEV. *P 2. Dec 179. n. 3. 4.*

und zwar ſowohl poſt tres menſes,

L. un. C. de op. nov. nunc.

LAVTERBACH. *Colleg. th. pr. eod. Tit. §. 35.*

vid. MEV. *P. 4. D. 237.*

als auch nach richterlichem Befinden ante elapſum trimeſtre ſpatium,

LAVTERBACH. *d. l.*

CARPZOV. *L. 1. Reſp. 7. n. 12. ſeqq.*

a WERNHER. *T. 2. P. 7. Obſ. 30.*

Es verſtehet ſich aber hierbey, quod tum demum haec cautio locum habeat, quando res dubia eſt, non vero ubi ius nunciantis et iniuria aedificantis patent, 2

L. 1. pr. D. de nov. op. nunc.

MEV. *P. 2. D. 179. n. 7.*

vel a nunciante in continenti probari poſſunt.

LAVTERBACH. *l. c.*

MEV. *P. 2. Dec. 180. n. 2.*

Ebenermaſſen findet die Caution keine ſtatt, quoties is, qui opus novum nunciavit, per eam non ſit ſecurus, ſed ipſi potius inſigne damnum immineat. 3

arg. L. 20. §. 11. D. de nov. op. nunc.

MEV. *P. 2. D. 179. n. 4. 7.*

a WERNHER *Tom. 1. P. 2. Obſ. 374.*

Da nun eines Theils de iniuſtitia novi operis, in ſo fern nehmlich der Augenſchein ausweiſet, quod nunciatus haud intermiſſo legitimo ſpatio, 4

L. 14. D. de S. P. urb. L. 12. §. 2. iunct. L. f. C. de aedif. priv.

et tamen contra ſtatum et formam antiquorum aedificiorum aedificare velit;

L. 11. 24. D. de S. P. urb. L. 12. §. 2. C. de aedif. privat.

andern Theils de iure nunciantium zur Genüge conſtiret, welche in dieſem Fall novum opus zu nunciiren, vollkommen berechtiget ſind;

L. 1. §. 17. D. de op. nov. nunc.

ohnehin auch bey der angegebenen Feuersgefahr die appellantes durch die 100. Rthlr. nichts weniger, als ſicher geſtellt werden; überdem aber es nach dem Beſcheid a quo anforderſt auf die policeymäßige Regulirung ankommt, und ehe ſolche vorhergegangen, dem Appellaten das Fortbauen am wenigſten geſtattet werden kann: ſo wird dermalen nöthig ſeyn, compulſoriales und zwar bey der vorhin prämittirten Bewandniß der Sachen, auch weil ſonſt, bey verſagtem effectu ſuſpenſivo, die anhero eingewandte Appellation völlig vereitelt werden würde, cum expreſſa inhibitione die Sache in ſtatu quo zu laſſen, und dem Appellaten das Fortbauen bis auf weitere Verordnung nicht zu geſtatten, forderſamſt zu erkennen ſeyn.

CONTINVATIO.

Die nunmehro eingelaufene Acten enthalten gar nichts, was dem Appellaten bey ſeinem vorhabenden Bau zu ſtatten kommen könnte, und wird demnach per deducta nichts übrig ſeyn, als daß man die Sache dergeſtallt remittirt, um es bey der bereits geſchehenen Inhibition zu laſſen, und die Sache ſelbſt definitive zu erörtern. Weiter gehet das appellantiſche petitum nicht, und weiter iſt auch die Sache anhero noch nicht devolviret. Inzwiſchen iſt dieſelbe doch eines Theils vollkommen inſtruiret, und ſogar noch pendente appellatione ein neuer Augenſchein eingenommen worden; anderen Theils ſiehet man aus denen mit eingeſchickten votis ſchon zum voraus, daß die Regierung das principium angenommen habe, daß der Appellat auf dem Seinigen bauen könne, ſo hoch er wolle, folglich für den Appellaten ſprechen, und dadurch nicht nur eine neue Appellation, ſondern auch einen neuen Streit, ob nicht von der Zeit an das Fortbauen gegen Caution zu geſtatten ſey, veranlaſſen werde. Weil nun aber alle dergleichen Bauſachen celerrimae expeditionis ſind,

L. 12. §. 7. de aedif. privat.
MEV. *P. 1. D. 81. n. 6. et P. 6. D. 261.*

et litium multiplicationem, ut rem odioſam iudex vitare debet:
MEV. *P. 2. D. 164. n. 3. 4. P. 5. D. 89. n. 3. P. 6. D. 5. n. 3.*

ſo iſt es am ſchicklichſten, daß man ſogleich der Hauptſache per reſcriptum ein Ende mache, in welcher Abſicht, das, was bereits pro decernenda inhibitione kürzlich berühret worden, annoch mit wenigem weiter zu deduciren iſt.

Appellantes haben einen gedoppelten Grund, warum ſie dem Appellaten den vorhabenden Bau nicht geſtatten wollen:

1) wegen der Feuersgefahr, und 2) weil Appellat wider die vorige Form eines bedeckten Gangs ein neues Gebäude aufführen wolle, wodurch beſage der Abriſſe und Commiſſariſchen Relation dem Geheimenrath E. drey Fenſter ziemlich verdunkelt, dem Mitappellanten Sch. aber ein kleines Fenſter, und ein mit einem Gitter verſehenes Loch gar verbauet wird.

Was den erſten Punct betrifft: ſo gehöret ſolcher für das in dem Beſcheid a quo vorbehaltene policeyrichterliche Ermeſſen, mithin um ſo vielweniger anhero, weil beſage der Commiſſariſchen Relationen durch das bloſe Höherbauen die Feuersgefahr nicht vergröſert wird, angeſehen Holz, Heu und Stroh in einem niederigeren Bau ſo gut, wie in einem höheren liegen, und man an dem Gebrauch der Handſprützen; deren man ſich ſchon jetzo an dem auf allen Seiten verbaueten Ort nur allein bedienen kann, durch den höheren Bau nicht gehindert wird. Wiewohl es dieſes Commiſſariſchen Davorhaltens ungeachtet ſeine gute Richtigkeit hat, daß je höher Gebäude an einem ſchon gefährlichen Orte aufgeführt werden, und jemehr alſo der Hof nicht nur verſperret, ſondern auch bey einem gröſeren Bau mit mehrerem Holz und Balkenwerk angefüllet wird, deſto gröſer auch die Gefahr ſeyn müſſe. Ohne ſich aber hierbey aufzuhalten: ſo ſtehet in Anſehung des zweytens Puncts Appellat mit der Regierung ſowohl, als dem iudice primae inſtantiae in der Meynung, daß er auf dem Seinigen bauen könnte, wie er wolle. Nun heiſet es zwar insgemein:

gemein: explorati iuris eſt, in ſuo alicui hactenus omne facere licere, quatenus nihil in 7
alienum immittit,

L. 8. §. 5. D. ſi ſerv. vind.

et ſingulis permiſſum eſt, res ſuas facere meliores, etiam cum vicini incommodo, modo abſit aemulatio.

L. 24. §. f. L. 26. D. de damno infecto. L. 1. §. 12. L. 2. §. 5. D. de aq. et aq. pluv. arc. L. 3. D. de oper. publ. L. 38. D. de rei. vind. Novell. 63.

MEV. *P. 1. Dec. 60. n. 9. et P. 4. D. 39. n. 1.*

CARPZ. *P. 2. Conſt. 41. Def. 11.*

In ſpecie altius aedificia tollere, et tollendo obſcurare vicini aedes, ſi domus ſervitutem (ſcil. altius non tollendi, et ne luminibus officiatur) non debeat, dominus eius minime prohibetur.

L. 8. 9. C. de ſervit. et aqua. L. 9. D. de ſerv. praed. urb. d. L. 26. D. de damno inf.

Allein dieſe Regel hat nur ſo weit ſtatt, als ſie nicht in Bauſachen, und ſonſt durch die Geſetze eingeſchränkt iſt. Nun iſt es aber klaren Rechtens, daß wo nicht ein anderes per pacta ausgemacht iſt, derjenige, welcher ein Haus bauen will, einen Platz von 2 bis 2½ Schuhen liegen laſſen müſſe.

L. 14. D. de ſerv. praed. urb. L. fin. D. fin. reg.

GOTHOFRED *ad d. L. 14. not. 77. et ad LL. XII. Tab. Lib. 2. tit. 11. c. 6.*

Will er aber Lichtfenſter in die Wand ſetzen, oder gar offene Fenſter machen, oder gegen ſeines Nachbarn Haus worin derſelbe Licht- oder Guckfenſter rechtmäßig hergebracht hat, ein Gebäude aufführen: ſo muß er einen Zwiſchenraum von 10. oder 12. Schuhen liegen laſſen,

L. 12. §. 2. C. de aedif. privat.

und bey öffentlichen Gebäuden, desgleichen bey Treſchtennen wird noch ein gröſerer Zwiſchenraum erfordert.

L. 9. C. de aedif. privat. L. f. §. f. C. de ſervit. et aqua.

Führet jemand in einem engeren Zwiſchenraum eine Wand mit Fenſter auf, wo er nicht zu berechtiget iſt: ſo kann ihm der Nachtbar entweder novum opus nunciiren,

L. 1. §. 17. D. de op. nov. nunc.

oder eben ſo nahe auf ſeiner Seite eine Wand aufführen, und dadurch die unberechtigten Fenſter verdunkeln und verbauen.

arg. t. t. D. quod. quisque iur. in al.

Sind aber wirklich alte Gebäude mit Fenſtern vorhanden, zwiſchen welchen ſich weniger als 10. bis 12. Schuhe Raum befindet: ſo kann zwar jeder von beyden Eigenthümern, welcher das ſeinige abzubrechen genöthiget iſt, auf dem alten Platz ein neues Gebäude aufrichten, aber nicht höher noch anderſt, wie das vorige geweſen, es ſeye dann mit des Nachbars guten Willen. Er kann alſo keine Licht- oder Tagefenſter in Guckfenſter verwandeln ꝛc.

L. 11.

Digitized by Google

L. 11. 24. D. ſerv. praed. urb. L. 12. §. 1. 3. C. de aedif. privat.

Da nun die conſtitutio Legis 12. C. de aedificiis privatis general iſt,

per. L. f. C. eod. tit.

ſo wollen zwar nichts deſtoweniger verſchiedene Rechtslehrer ſolche bey uns in Teutſchland um deswegen nicht gelten laſſen, weil die leges romanae circa aedificia privata bey uns, wo man wegen des Bauweſens beſondere Verordnungen habe, entweder nicht recipiret oder doch abgeſchaft wären.

BRVNNEM. *in Comm. ad. L. f. D. fin. reg. et ad tit. C. de aedif. privat. n. 17.*
GROENEWEGEN *de Leg. abrog. ad. L. 9. 11. 12. et f. C. eod. tit.*

8 Wo aber keine beſondere ſtatuta vorhanden ſind, da iſt keine Urſache abzuſehen, warum man nicht auf das ius romanum, auch in dieſem Stück ſollte recurriren können, da ſolches eines Theils mit verſchiedenen legibus germanicis übereinkommt;

vid. *Lex. Burgundionum in additamento 1. Tit. 1. cap. 7. in corp. iur. germ. ex edit.* PETR. GEORGISCH *pag. m. 397.*
HEINECC. *El. iur. germ. Tit. 1. Lib. 2. §. 136.*

9 andern Theils aber billig und löblich iſt, legem, etſi forte hactenus minus obſervatam, quoties contraria obſervantia non obſtat, in uſum revocare;

SCHILTER *prax. iur. rom. Ex. 1. §. 11.*
TABOR. *ad* MEYER. *Coll. iur. Argent. L. 1. tit. 3. th. 20.*

10 und endlich dieſe principia auch ſchon mehrmahlen bey dieſem Tribunal angenommen worden, als *in cauſa* von Ende *contra* Reinück* *item in cauſa* Reimann *contra* Roſenblatt** So iſt nach dieſen Grundſätzen Appellat anzuweiſen, ſeinen vorhabenden Bau weiter und höher, als der vorige geweſen, nicht zu erſtrecken.

Hiernächſt ergiebt ſich aus denen commiſſariſchen Relationen, daß ſowohl des appellati, als noch weit mehr des Mitappellantis Sch. Backofen gefährlich angelegt ſind, daß wann einer von beyden Ofen gebraucht, die Wand durch und durch ganz heis wird, welches den gemeinen Rechten nach, ein Nachbar vom andern zu leiden nicht ſchuldig iſt;

L. 13. D. de S. P. urb.

11 daß ferner Appellat ſeinen Backofen erſt vor 11. Jahren dicht an des appellantis Sch. Behauſung, wider deſſen Wand ſetzen laſſen, und auf dem Boden über dem Backofen Fourage liegen gehabt; daß der Beckermeiſter Sch. ſeine Fourage in einer Cammer auf eine eben ſo gefährliche Art in Verwahrung habe; daß endlich die ganze Gegend höchſt gefährlich und recht fürchterlich anzuſehen, indem die Wände von dem vielen Rauch ganz dürre, und das Revier von allen Seiten ganz zugebauet ſey; wannenhero höchſtnöthig ſeyn dürfte, von Policey wegen hierunter für das allgemeine Beſte, und das Wohl der ganzen Stadt zu ſorgen. Es iſt daher ꝛc.

* vid. Deciſ. 186. ** vid. Deciſ. 27.

DECI-

DECISIO CXCIII.

ARGUMENTUM GENERALE:

I. De interdicto uti poſſidetis utili.
II. De operis ruſticorum.

SUMMARIA.

Interdictum uti poſſidetis utile cui detur? n. 1.
Requirere illud videtur, ut actor tempore litis conteſtatae poſſederit. n. 2.
Quod praeſumitur ex poſſeſſione antiquiori. n. 3.
A tempore enim praeterito praeſumitur in praeſens. n. 4.
Senſus Cap. 9. X. de probat. n. 5.
Iunior poſſeſſor ergo praeferendus eſt. n. 6.
Si ſcilicet de interdicto uti poſſidetis ſummariiſſimo ſermo ſit. n. 7.
In ordinario enim ad poſſeſſionem qualificatam reſpicitur; n. 8.
Et probata poſſeſſione antiquiori iunior vitioſa praeſumitur. n. 9.
Si probationes aequales ſunt, utraque pars in poſſeſſione manuteneri debet. n. 10.
Ruſtici in dubio non liberi ſed operis obnoxii praeſumuntur. n. 11.
Operae autem ſtrictiſſime interpretandae ſunt n. 12.
Huius regulae limitationes. n. 13. 14. 15.
Obiectum litis praeſentis diiudicatur. n. 16.

SENTENTIA.

In Sachen der Gebrüdere vom Baumbach zu Kirchheim und Neuterhauſen, für ſich und reſpective curatorio nomine ihres verſtorbenen Bruders des Rittmeiſters von Baumbach nachgelaſſener Kinder, wie auch Conrad Grebe modo Joſt Wagner und übrige Dienſtpflichtige zu Kirchheim in actis benahmt, poſſeſſionem vel quaſi der ungemeſſenen Burgbaudienſte betreffend: Wird auf das verhandelte und erfolgten Schluß zu Recht erkannt:

daß appellati dasjenige, was ihnen zu erweiſen auferlegt worden und ſie übernommen, nothdürftig erwieſen, dannenhero dieſelbe von angeſtellter Klage zu abſolviren, und mit den ungemeſſenen geforderten Burgbaudienſten ſolange bis appellantes wider dieſelbe insgeſamt oder diejenige von ihnen, welche ſie von wegen der unterhabenden Erbleyhegüter vermöge der in dieſer Inſtanz producirten Leyhebriefe in etwaigen beſondern Anſpruch zu nehmen vermeynen, ein anderes in petitorio rechtlich ein- und ausgeführet haben werden, zu verſchonen, mithin die von hieſiger Regierung am 4ten Oct. 1752. erkannte remiſſoriales a quibus ſolchergeſtalt zu reformiren ſeyen. Als Fürſtl. Oberappellationsgericht zu

Recht erkennet, absolviret, und reformiret, die Unkosten aber gegen einander compensiret. V. R. W.

Publicata d. 4. Mart. 1767.

FACTVM.

Die Gebrüder von Baumbach haben sich bey hiesiger Regierung beschwehret, daß die Dienstpflichtige zu Goßmannsrode und Kirchheim sich weigerten, die schuldige Burgdienste zu leisten, und darauf eine Commißion zu Untersuchung der Sache erhalten.

Bey dieser Commißion haben die Goßmannsröder gestanden, daß sie bisher die Burgdienste verrichtet, die Kirchheimer aber vorgestellt, daß sie zwar ehedem zu des Generals von B. Burgbau mitgeholfen, solches aber Theils gegen Bezahlung, Theils bittweise, Theils aus Zwang geschehen.

Der Commissarius hat hierauf durch Bescheid den Kirchheimer Unterthanen den Beweis auferlegt, daß sie weder die von dem General von B., noch den vorigen Sommer von dem Hauptmann von B. geforderte Burgbaudienste geleistet, in Ansehung der Goßmannsröder aber die Kläger in der possessione vel quasi iuris percipiendi operas geschützt.

Von diesem Bescheid haben die von B. soviel die Kirchheimer Dienstpflichtige betrifft, an die Regierung appelliret, und als daselbst die Sache mit Aufhebung des Bescheides a quo dergestalt remittiret worden:

daß Appellanten zuforderst die zum Grund ihrer Klage gesetzte Possession vel quasi der quästionirten ungemessenen Burgdienste darthun sollen,

ferner an dieses Tribunal provocirt, auch processus und unterm 13ten December 1758. den Vorbescheid erhalten:

daß Appellaten, welchergestalt sie die in vorigen Zeiten geleistete Dienste für Geld oder bittweise gethan, oder auch daß sie ungebührlicher Weise dazu gezwungen worden, zu erweisen schuldig,

worauf dann peracta probatione utrinque zu Bescheid submittiret worden.

VOTUM.

Ehe Referens zu Beurtheilung des geführten Beweises übergehet, wird nöthig seyn, in thesi ein und anderes festzustellen.

1 Zuforderst ist aus der vorigen Relation zu erinnern, daß man im interdicto utili uti possidetis versire, quod datur quasi possessori turbato.

LAVTERBACH *in Coll. th. pr. L. 43. Tit. 17. §. 2. in fin.*

2 Bey diesem interdicto scheinet es zwar nothwendig zu seyn, ut actor tempore litis contestatae possidere debeat,

§. 4. *I. de interd.*

LAVTERB. *ibid. §. 11.*

3 quod praesumitur ex possessione antiquiore;

C.

C. 9. X. de probat.

MASCARD *de probat. Vol. 3. conclus. 1202. (al. 1195.)*

cum generaliter a tempore praeterito praesumatur in praesens; 4

v. L. 5. §. 6. D. de re milit.

L. 6. §. f. D. de edendo.

C. 10. X. de transact.

ita quidem ut tempus litis contestatae nihilominus inspiciatur; nam in d. Cap. 9. vincere 5
dicitur antiquiorem habens possessionem, non propter antiquitatem, qua talem, sed ut ea propter etiam tempore litis contestatae possediisse credatur.

LAVTERB. *d. l. §. 11.*

Hinc si contendentes non aequaliter probant possessionem de praesenti, sed unus de 6
possessione antiquiore alter de praesenti, iunior possessio, ceu praesentanea erit praeferenda,

LAVTERB. *ibid.*

quia vitium possessionis hic non attenditur,

a WERNHER *T. 1. P. 2. Obs. 434.*

Gleichwie aber das interdictum uti possidetis sowohl das possessorium summariissimum 7
als ordinarium unter sich begreift,

BOEHMER *de act. S. 2. cap. 4. §. 13. 15.*

und obiges alles nur vom possessorio summario sive momentaneo et summariissimo zu verstehen ist;

LAVTERB. *d. L. 43. tit. 17. §. 11. iunct. tit. 1. §. 10. seqq.*

Ordinat. Camer. P. 2. tit. 15.

utut is, qui vi clam aut precario possidet, nec in summariissimo vincat, si de vitio possessionis aperte constat:

a LEYSER *Spec. 508. med. 4.*

also wird im Gegentheil in possessorio ordinario auf possessionem magis qualificatam gesehen, 8
neque enim interdictum uti possidetis amplius tuetur eum possessorem, de cuius vitiosa possessione postmodum apparet;

d. C. 9. X. de probat.

BOEHMER. *I. Eccles. Protest. T. 1. L. 2. tit. 12. §. 7.*

qui nimirum ab adversario vi clam vel precario possidet;

L. 1. §. 5. et f. D. uti possid.

LAVTERB. *C. th. pr. L. 43. tit. 17. §. 5.*

wobey es dann auf possessionem antiquiorem um somehr und fürnehmlich ankommt, quia vitium 9
possessionis, probata antiquiore possessione, praesumitur, nisi alter possit elidere istam praesumtionem, ostendendo iustam suae possessionis causam.

STRVV. *S. I. Civ. Ex. 45. th. 120.*

MASCARD *de prob. Concl. 1200.*

Anlangend die Dienſte, de quarum quaſi poſſeſſione quaeritur, ſo prätendiren appellantes ungemeſſene Burgbaudienſte, und dieſe negiren appellati, weil ihnen vorhin keine Burgbaudienſte zugemuthet, ſondern ſolche bittweiſe oder für Geld verrichtet, bis ſie mit Gewalt gezwungen worden.

Es kann aber wohl zuſammen beſtehen, daß jemand Burgdienſte und doch keine Burgbaudienſte ſchuldig iſt, folglich beyde Theile in gewiſſer Maaſſe Recht haben, und daher jeder in ſua 10 poſſeſſione manutenirt werden kann, wie man ſonſt auch beyde Theile, ſi probationes omnino ſint aequales, in poſſeſſione zu manutenıren pfleget;

LAVTERB. *lib. 43. tit. 17. §. 11. in fin.*

weil bis zu ausgemachtem petitorio kein ander Mittel iſt, als ſich an die Poſſeßion, wie ſie erwieſen iſt, und ſoweit ſie per iuris praeſumtionem unterſtützet wird, ſchlechterdings zu halten. Zu 11 dieſen praeſumtionibus gehöret die Regel: ruſtici in dubio non liberi ſed ad operas praedio nobili praeſtandas obligati praeſumuntur.

a LEYSER *Spec. 416. Med. 1. et Spec. 665. Med. 14.*

12 Von den operis ſelbſt hingegen heiſet es: operae ruſticorum tanquam odioſae ſtrictiſſime intelligi debent;

a WERNHER *T. 2. Supplem. ad P. 8. Obſ. 333.*

a LEYSER. *Spec. 417. med. 1. et Spec. 665. med. 15.*

13 welches aber eigentlich nur von denen operis zu verſtehen iſt, quas ſubditi non qua tales, et iure dominii, ſed ex conventione vel praeſcriptione debent;

a LUDOLFF *Obſ. 105. §. 2. not. 7.*

14 folglich ein Unterſchied gemacht werden muß, ob die Dienſte von der Perſon und deren Zugvieh, oder von den bäuerlichen Grundſtücken zu leiſten ſind;

Eſtor Rechtsgel. der Teutſchen. §. 4556.

von Cramer Wezl. Nebenſt. 5. Theil *p. 66. ſeq.*

STRVBEN *de iure villic C. 5. §. 16.*

15 wiewohl auch die Gattungen der Dienſte ſelbſt und inſonderheit die Burgbaudienſte von einigen mehr eingeſchränkt,

CARPZ. *P. 2. Conſt. 52. Def. 3. et 4. et Lib. 1. Reſp. 51.*

von andern mehr ausgedehnt werden.

Eſtor Rechtsgel. der Teutſchen §. 412.

a LEYSER *Spec. 665. med. 17.*

16 Um nun his praemiſſis der Sache ſelbſt näher zu tretten, ſo conſtiret ex actis nicht, daß die appellati etwa Leibeigne, und aus dieſem Grund iure dominii Dienſte zu leiſten ſchuldig wären; vielmehr aber iſt actenkundig und wird beyderſeits nicht beſtritten, daß die zwey Fahrbauern zu K. auf das Meyergut gewiſſe gemeſſene Dienſte zu verrichten ſchuldig ſind, (II. cit.) ferner 15. Hinterſiedler in Anſehung des Miſtbereitens und anderer Feldarbeit ungemeſſene, hingegen bey dem Heu und Grummetmähen gemeſſene, desgleichen 3 Hinderſiedler von ihren Häuſern ebenfalls gemeſſene Dienſte zu verrichten haben. Gleichwie ſich aber hieraus auf die Burgdienſte nicht

ſchließen

Digitized by Google

ſchließen läſſet, ob ſie wohl bey ſogeſtalten übrigen Dienſten in dubio eher für gemeſſen als ungemeſſen zu achten, und als ein odioſum quid mehr zu reſtringiren als zu extendiren ſeyn möchten; inzwiſchen jedoch die Fahrbauren vermöge dreyer producirten Erbleyhe Reversbriefe de 1738. 1722. und 1749. auſſer denen gemeſſenen Vorwerksdienſten und Holzfahrten, ſich auch zu gewöhnlichen ungemeſſenen als zur Burg und Jagd gehörigen Dienſten (l. cit.) zu ungemeſſenen Burgfahrten und Jagddienſten (l. cit.) und zu ungemeſſenen Burg-Hand- und Jagddienſten (l. cit.) ſchuldig bekennen, worauf ſie ſich aber in hoc poſſeſſorio nicht einlaſſen wollen, anbey darwider einwenden, daß ſolche Clauſeln eigenmächtig zugeſetzt, und der Inhalt ihnen als einfältigen des Schreibens unerfahrnen Leuten niemalen bekannt gemacht worden, daher auch dieſer Leyhebriefe ohngeachtet durch den Vorbeſcheid auf den darin enthaltenen Beweis erkannt worden iſt: So wird es auf ſothanen wegen der Burgdienſte geführten Beweis und Gegenbeweis hauptſächlich ankommen.

Unter den Probatorialzeugen ſind teſtis 2. ein Auszüger und teſtis 6. ein Wagner aus K. nicht omni exceptione maiores. Gegen die übrigen drey Zeugen aber iſt nichts einzuwenden, und deren Auſſage wird auch zum Theil durch die Reprobatorialzeugen unterſtützt.

Beydes die Pro- und Reprobation zuſammen genommen, legt ſich demnach für die appellatiſche Dienſtpflichtige nachfolgendes zu Tage.

Als der General Ernſt Henrich von B. die groſe Scheuer vor 42. oder 43. Jahren erbauen laſſen, hat er dazu keine Dienſte verlangt, ſondern ſelbſt zwey, manchmal drey Geſchirre gehalten, desgleichen Leute zu Bitte und um Lohn gekriegt, ihnen Eſſen und Trinken gegeben, und dieſe bezahlet, (ll. citt.) daher die Gemeinde keinen Dienſt verrichtet, (ll. citt.) ſondern alle Arbeit um Lohn oder zu Bitte verrichtet worden, (ll. citt.) nehmlich Steinfahren, heben, Holz hauen und fahren, Handlangung bey den Maurern und dergleichen; (ll. citt.) beſagter General ihnen auch ſonſt keine Burgdienſte zugemuthet, (ll. citt.) und Zeugen ſich keiner Dienſte beſinnen, als derer, ſo vor ohngefehr 6. Jahren (ware ohngefehr 1753) zu dem letzten Gebäu oder dem letzten Haus unten am Thor mit Gewalt erzwungen worden, (ll. citt.) Eben dieſer Ernſt Henrich von B. hat, als er vor ohngefehr 20. Jahren (vor dem ao. 1759. gehaltenem Zeugenverhör) die ſieben Morgen anbauen laſſen, alle erforderliche Fuhren, Theils mit ſeinem Geſchirr Theils die dazu nöthige Handdienſte, als Kalklöcher machen, Handlangen bey den Maurern, Kleiben, Heben, Leimen graben, fahren ꝛc. von Handwerksleuten ſowohl als Bauren, um Lohn verrichten laſſen, (ll. citt.) und hat jeder täglich ſieben Alb. bekommen. (ll. citt.) Derſelbe General Ernſt Henrich von B. hat auch nie einen Burgdienſt von der Gemeinde verlangt, ſondern die vor dem Burgſitz unter dem Geländer liegende Steine, am Ringberg holen und für Geld anfahren laſſen. (ll. citt.) Ferner als der letzt verſtorbene General Rudolph von B. ein noch vorhandenes Vieh- und Taubhaus in der adlichen Burg erbauen laſſen, iſt alle Arbeit um Lohn verrichtet, (ll. citt.) und die Gemeinde nie zu Dienſt geheiſen worden, hat daher auch keinen Burgdienſt verrichtet, (ll. citt.) ſondern die, welche hülfreiche Hand geleiſtet, haben ihren Lohn bekommen. (ll. citt.) Auch noch bey dem neuen Bau, ohngefehr vor 10. Jahren, oder wie Zeuge meynet ao. 1747. iſt das Holz für Geld gehauen und beſchlagen, (ll. citt.) und mit des Ge-

Digitized by Google

nerals eigenen Pferden angefahren, (ll. citt.) vor dem Heben des Gebäudes aber sind keine Dienste verrichtet worden, (ll. citt.) und der General hat expresse zwey Lastwagen machen und das Holz zugleich mit seinen Pferden und für Geld nach Haus fahren lassen, (ll. citt.) mithin sind zu solcher Zeit keine Burgdienste zu diesem Bau von der Gemeinde verlangt worden, und hat selbige auch keine geleistet; (ll. citt.) obzwar mit der Gemeinde Goßmannsrode seit 1730. ein Proceß vorgewaltet, welcher zur Zeit dieses Baues noch nicht geendigt gewesen. (ll. citt.) Die Burgdienste haben daher ihren ersten Anfang, soviel Zeuge weiß, mit dem neuen Gebäu, worin der Meyer wohnet, genommen, da solches vorher bey Erbauung der steinernen Scheuer auch andern Bäuen nicht geschehen, solange sich Zeuge besinnet; (ll. citt.) daher Zeuge schwehrlich glaubt, daß der Baudienst freywillig geschehen, weil solcher den Bauren zuwider gewesen; (ll. citt.) wie dann auch etliche ins Gefängniß gesetzt worden, (ll. citt.) und die Dienstpflichtige, nachdem der Bau schon gestanden, die Dienste durch Zwang des Beamten zu Niedernaule gethan zu haben, gleich Anfangs eingestanden, (ll. citt.) worauf aber nach Absterben des General Rudolph von B. die Burgdienste gleich in Dispüte gekommen. (ll. citt.) Dahingegen haben die von B. aus der Pro- und Reprobation folgendes für sich:

Die Dienstleute müssen dem Meyer alles, was er nur nöthig hat, thun. (ll. citt.) Sie haben ferner dem letztverstorbenen General von B. ungemessene Burgdienste gethan, (ll. citt.) nachdem sie den Proceß bey dem Oberappellationsgericht ao. 1744. oder 1745. verlohren, und zu ungemessenen Diensten schuldig erkannt worden, worauf sie sowohl bey dem neuen Bau, als solcher errichtet worden, als auch in der Burg mit Stubenreiben, Fensterwaschen, Hopfenpflücken, allerley Arbeit im Garten, graben, jäten, im Felde Cartoffeln austhun, Knoten klengen ꝛc. und in summa wie es nur Nahmen haben möchte, was zum Burgdienst erforderlich, unweigerlich gethan, auch nicht geweigert, nach des Generals Tod bey dem Grabmachen die Dienste zu leisten. (ll. citt.) Und zwar begreift die eine Zeugin unter dem Burgdienst, daß die Dienstleute alles thun müssen, was an Arbeit etwa vorfiele und nicht zum Vorwerksdienst gehörte. (ll. citt.) Die Dienstleute haben auch nach des Generals Tode dessen Wittib die Dienste gethan. (ll. citt.) Sie haben auch insonderheit was die Baudienste betrifft, den alten Bau abgebrochen, den neuen gehoben, Holz und Leimen dazu gefahren und summa alles gethan. (ll. citt.) Da nehmlich die bespannte Bauern Holz, Steine, Leimen, Kalck, Ziegeln und alles anfahren, die Köttner aber mit der Hand gedienet, (ll. citt.) solange am Bau gearbeitet worden. (ll. citt.) Wie sie dann auch Haus und Hof gereiniget, (ll. citt.) zu welchen Diensten sie geheisen worden; (ll. citt.) worauf sie sich freywillig eingestellet und die Dienste verrichtet, (ll. citt.) ohne daß man, wie die verwittibte Generalin sagt, die Dienstpflichtige bey Verrichtung der Dienste weinen sehen, (ll. citt.) auch ohne daß sie gezwungen worden, ausser einem oder dem andern widerspenstigen, wie sich dann gemeiniglich unter einem solchen Haufen wohl fänden. (ll. citt.) Endlich auch nicht über die Dienste selbst, sondern über das Bier Dispüte entstanden, daß ihnen solches nicht recht seyn wollen. (ll. citt.)

Aus

Aus diesem utrinque geführten Beweis und Gegenbeweis erhellet nun soviel, daß das Bauen ehedem für Geld geschehen, folglich die Burgbaudienste erst neuerlich aufgekommen, da die Dienstpflichtige mit Gefängniß gezwungen worden, und ob solches gleich nur an einigen geschehen ist, doch die übrigen, wann sie nicht gleiches Tractament erwarten wollen, sich wohl bequemen müssen, und ihnen also eben daher exceptio vis et metus zu statten kommt.

An Ansehung der übrigen Burgdienste aber scheinet die Sache zweifelhaft, und die bisherige Verrichtung solcherley Dienste plene erwiesen zu seyn, zumalen die oben allegirte drey Lehnbriefe hinzutretten, und reprobando ein anderes gar nicht dargethan worden ist.

Nachdem aber

1) in confesso beruhet, daß nicht alle Dienste, von allen und jeden Bauern aus der Gemeinde Kirchheim ungemessen sind;

2) die Zeugen nicht positive sagen, ob die Dienstleute, welche die angegebene Dienste verrichtet, aus Kirchheim oder Goßmannsrode gewesen; wohl aber

3) in der Zeugensage sich auf den Proceß von 1745. berufen wird, nach dessen Entscheidung die Bauern alle diese Dienste verrichtet haben sollen, welcher Proceß jedoch, nach denen ex officio von Referente eingesehenen Acten die Gemeinde Kirchheim gar nicht, sondern die Goßmannsröder angegangen; folglich auch wann die nachgehends vorgefallene Arbeit auf dem Hof zu Dienst und nicht für Geld verrichtet worden, allerdings zu vermuthen ist, daß solche die Goßmannsröder vielmehr als die Kirchheimer verrichtet haben werden; allenfalls aber

4) was zuletzt die Kirchheimer, als man sie zu den Baudiensten gezwungen, auch an andern Diensten verrichten müssen, in hoc processu ordinario keine Attention verdienet, eben so wie auf der andern Seite

5) die auf ungemessene Burgdienste und Burgfahrten sprechende Lehnbriefe de ao. 1738. 1722. und 1749. als ad petitorium gehörig, in hoc possessorio um soweniger eine Auskunft geben können, da solche nur gegen die Lehnleute, denen sie ertheilt werden, nicht aber gegen die übrigen Gemeinden zu allegiren stehen: So concludiret Referens compensatis expensis auf nachfolgende Sentenz ꝛc.

DE-

DECISIO CXCIV.

ARGUMENTUM GENERALE:
DE OBLIGATIONE REFICIENDI TEMPLA, QVATENVS PATRONO ECCLESIAE INCVMBAT.

SUMMARIA.

Non poteſt opponi exceptio deſertae probationis, ſi in ſententia probationem iniungente terminus peremtorius non fuerit praefixus. n. 1.
Quatenus patronis eccleſiae onus reficiendi templum incumbat? n. 2. 6. 12.
De colliſione plurium transactionum n. 3.
Rotulus teſtium a Notario extraiudicialiter confectus non plene probat. n. 4. vid. tamen n. 8. et 10.
Ab obligatione curandi refectiones minores non poteſt concludi ad onus ſumtuoſae reparationis (Hauptreparaturen) vel reaedificationis totalis. n. 5.
Reus actori documenta edere tenetur. ſi favor piae cauſae huic aſſiſtat. n. 7.
Copia copiae aliquando concurrentibus aliis adminiculis probat. n. 9. 11.
Quomodo iuramentum ſuppletorium ab univerſitate praeſtetur? n. 13.

SENTENTIA.

In Sachen der Gemeinde Heldra, wider die in actis benannte Waltheriſche und Schuchardiſche Erben, als Beſitzer des Erfalſchen Gutes, ſtrittige Reparation und Unterhaltung der dortigen Kirche betreffend: iſt hiermit zu Recht erkannt;

daß ſämtliche Appellaten die zu dieſer Sache gehörige Urkunden und Briefſchaften zu ediren, oder daß ſie deren keine haben, noch gefährlicher Weiſe abhanden kommen laſſen, auch nicht wiſſen, wo dergleichen zu finden ſeyen, in dem des Endes auf den 29ten Januar a. f. angeſetzten Termin, eidlich zu erhärten ſchuldig, der appellatiſchen Gemeinde dabey binnen gleicher peremtoriſchen Friſt ihren zu Begründung der Klage ferner etwa habenden Beweis einzubringen unbenommen ſondern vorbehalten ſey V. R. W.

Publicata d. 14. Decembr. 1754.

FACTVM.

Es prätendiret die appellantiſche Gemeinde Heldra, daß die Waltheriſche in actis benannte Erben, als dermalige Beſitzer des ehemaligen Erfalſchen Gutes daſelbſt, und qua patroni, auch weil ſie gewiſſe Kirchengüter im Beſitz hätten, die in ſehr baufälligen Umſtänden ſich befindende daſige Kirche auf ihre Köſten repariren zu laſſen ſchuldig ſeyen.

Weil

Weil aber letztere sich dazu nicht verstehen wollen, und darüber besagtes Kirchengebäude immer mehr verfallen: so ist dieserwegen schon, wie man aus gegenwärtigen Acten relative ersiehet, im vorigen saeculo verschiedentlich Streit entstanden, endlich aber die Sache in ao. 1728. und 1729. bey hiesigem Consistorio zur gerichtlichen Contradiction gekommen; wie dann des Endes von der Gemeinde zu Begründung ihrer Intention verschiedene Documente produciret worden, mit fernerer Bitte, die Beklagten zur eidlichen Production und Edition derer noch weiters von diesem obiecto in Händen habenden Documenten anzuweisen.

Beklagte negirten den Besitz einiger Kirchengüter; den producirten documentis aber opponirten sie exceptionem irrelevantiae; weilen solche nur von kleinen Reparationen, deren sie sich niemals geweigert, redeten, auf grose Baukosten hingegen sich daraus keinesweges argumentiren liesse.

Das Consistorium erkannte hierauf unterm 14ten October 1729. folgendergestalt:

> die von Mitbeklagten Professore Walther zu Rinteln opponirte exceptio fori declinatoria würde als unstatthaft verworfen; hingegen klagende Gemeinde angewiesen, woferne sie auf Edition einiger ihnen vorgeblich zustehenden Urkunden zu bestehen vermeynte, ihr hierunter beschehenes Angeben vorgängig der Gebühr zu bescheinigen, allenfalls aber den Grund ihrer Klage besser als noch geschehen darzuthun, und zu erweisen, wobey ihnen jedoch der producirten Documenten, insoweit solche releviren, wie nicht weniger der Eidesdelation sich mit zu bedienen unbenommen bleibt; erginge darauf in termino praiudiciali weiter W. R.

Seit dieser Zeit aber ist die Sache bis in anno 1738. auf sich ersitzen geblieben, da endlich der Pfarrer zu Heldra wieder anzeigte, daß die Kirche nothwendig repariret werden müsse, worauf in ao. 1739. eine Untersuchungscommißion auf den Reservatencommissarium Meisterlin zu Wanfried erkannt wurde.

Nachdem nun dieser die Untersuchung wirklich angestellt, und des Endes den Waltherischen Güterpachter vernommen: so wurde dessen protocollarische Aussage den Waltherischen Erben ad declarandum communiciret, auch von der Gemeinde eine Gegenerklärung erstattet.

Hierauf ist die Sache abermals bis in annum 1741. auf sich beruhet, da endlich vom Consistorio terminus zum mündlichen Verhör angesetzt worden, die Partheyen gegen einander verfahren, und unterm 10ten Novembr. 1741. der Consistorialbescheid ergangen ist:

> Werden die Originalcuratoria anforderst retradiret, sodann die Schuchardische curatores, mit Vorbehalt der übrigen Mitbeklagten allenthalbigen Befugniß, wegen des Guths Heldra ad causam admittirt, bey der Sache selbst aber Kläger angewiesen, dieselbe nach Maaß der in anno 1728. angestellten Klage zu prosequiren, und dem rechtskräftigen Bescheid vom 14ten November 1729. in dem sub praeiudicio anderweit angesetzten termino ein behöriges Gnüge zu leisten; worauf alsdann weiter ergehet W. R.

Hiervon hat klagende Gemeinde an dieses Tribunal appelliret, und ihr gravamen vornehmlich darin gesetzt, daß sie mit ihrer in prima instantia institulrten Possessorialklage nicht gehöret, son-

dern zum Beweis in petitorio angewiesen werden wollen, da sie doch auch diesen durch die producirte Documente sovielmehr beygebracht, weilen Appellaten nicht in Abrede stellen können, daß sie wenigstens ehedem ein und andere reparationes bestritten.

VOTVM.

Die so eben bemerkte Verhältniß dieser schon lange gedauerten überaus intricaten Sache giebt sogleich zu erkennen, daß so sehr auch zu wünschen gewesen wäre, daß man derselben gegenwärtig völlig auf den Grund sehen, und ihre endliche Entscheidung hätte geben können, dennoch wegen Abgang derer bis dahin nirgends ausfindig zu machenden ex actis relative sich ergebenden ältern authentischen Urkunden, solches noch zur Zeit unmöglich sey.

Es zeigen auch ausserdem die bisherige Verhandlungen, daß obzwar Appellanten besonders in dieser Instanz sich hauptsächlich in possessorio ratione der denen Appellaten angeblich incumbirenden Reparation der Kirche fundiren: gleichwohl eines Theils das angebliche possessorium nicht dergestalt klar sey, daß sich darunter mit Grund etwas statuiren lässet; dahingegen andern Theils Appellanten, weilen sie die von denen Appellaten prätendirende Schuldigkeit in pactis und in dem appellatischen angeblichen Besitz gewisser Kirchengüter fundiren, sich dergestalt in das petitorium eingelassen, daß die Sache nach ihrer gegenwärtigen Lage füglich nicht anderst als quoad argumenta petitorii beurtheilet werden kann, hierbey es aber auf die Frage ankomme:

> Ob nehmlich die Appellanten die vorgebliche Verbindlichkeit derer Appellaten, die Kirche zu Heldra zu repariren, auch bey mittler Zeit sich ereignetem gänzlichen Verfall aufbauen zu lassen, hinlänglich erwiesen; und ob nicht, wann auch dieses nicht ist, die Umstände so gethan seyen, daß wegen der unumgänglich nöthigen Reparation, salva causa principali, et salvo utriusque partis iure, pendente lite, provisionaliter etwas verordnet werden könne?

RATIONES DVBITANDI.

Nun haben zwar Appellaten

1) den in actis huius instantiae

pag. 198.

in vidimirter Abschrift producirten Receß de ao. 1578. für sich, Inhalts dessen der Appellaten Vorfahren, die von Erfa sich mit der Gemeinde verglichen:

> daß sie zu Erbauung der Kirche das Pfenniggeld Zimmerleuten, Maurern, Deckern, und wozu das vonnöthen, auslegen, die Einwohner zu Heldra aber dazu den Frohnden- und Handdienst zu thun und zu leisten gegen andere denen von Erfa verwilligte Prästationen schuldig seyn sollen.

Es will auch

2) an der Richtigkeit dieses Vergleichs sovielweniger zu zweifeln seyn, da in dem von Seiten der Gemeinde in actis consistorialibus de anno 1728. originaliter producirten, appellatischer Seits an sich nicht widersprochenen fernerweiten Receß de anno 1630. sich ausdrücklich auf jenen

de

Digitized by Google

de anno 1578. bezogen, und dabey noch §. 2. ſtipuliret iſt, daß die von Erſa die Fenſter in der Kirche quaeſtionis machen zu laſſen, übernommen.

vide acta conſiſtorialia, ll. cc.

Auſſerdem haben

3) Appellanten in actis primae inſtantiae

pag. 105.

einen Conſiſtorialbefehl de anno 1667. beygebracht, vermöge deſſen die Erſaiſchen Guthsbeſitzer und derer Meyer ſchon damals angewieſen worden, ſich mit der Gemeinde wegen der zum Kirchenbau erforderlichen Koſten abzufinden. Nicht weniger hat

4) die appellantiſche Gemeinde dieſes für ſich, daß vermöge eines in copia vidimata producirten Rechnungsextractes de anno 1652. bis 1654. dem Hanſteiniſchen Güterpachter Steube von denen von Hanſtein, welche ehemals das Erſaiſche Gut Heldra im Beſitz gehabt, die Kirchenreparationskoſten in Rechnung paßiret worden;

vid. p. 153. act. prior.

ja es hat

5) der Appellaten eigener Pachter, wie er anno 1739. ad protocollum vernommen worden, geſtehen müſſen,

daß der Rath Walther alles Flickwerk, und was am Dachwerk, Treppen, Glockenſeiler, Riemen, worin die Glocken hangen, und was ſonſt ſchadhaft und brüchig worden, nicht allein machen laſſen;

vid. pag. 36. actor prior.

ſondern auch in dem Pachtcontract dem Meyer aufgegeben:

auf die Kirchengebäude nebſt denen Gemeindsvorſtehern und Nachbarn fleiſig zu ſehen, daß daran kein Muthwillen, oder leicht zu vermeidende Vernachläßigung geſchehe;

vid. pag. 41. ibid.

als welches nicht hätte geſchehen können, wann die appellatiſche Waltheriſche Erben die Kirchengebäude nichts angiengen; und über dieſes iſt von Seiten der Appellanten

6) durch eine

p. 126. 148. actor. prior.

beygebrachte, coram Notario verführte eidliche Zeugenſage die Schuldigkeit der Appellaten unanimiter bekundſchaftet. Obſchon auch

7) Appellaten denen Appellanten inſonderheit exceptionem deſertae probationis, von deswegen opponiren, weil ſie nicht ſogleich auf den Conſiſtorialbeſcheid vom 14ten October 1729. den ihnen auferlegten Beweis damals beygebracht, ſondern nach der Hand die Sache ganzer zehen Jahre beruhen laſſen: ſo fällt doch auch dieſes hinweg, da denen Appellaten derozeit nach Inhalt des gedachten Beſcheids kein präcluſiviſcher Beweistermin angeſetzt geweſen, und in eben dieſem vermuthlichen Betracht das Conſiſtorium in dem von denen Appellaten nicht impugnirten Beſcheid a quo die weitere Probation zugelaſſen, ſo daß alſo

8) der von mehr beſagten Appellanten übernommene Beweis überall ſoviel ehender für hinlänglich erſetzt nunmehr zu halten ſeyn möchte, weil ohnehin die Appellaten geſtehen, daß ſie patroni

2 roni von der Kirche zu Heldra seyn; denen patronis aber, zumal wann sie, wie hier von denen Appellanten behauptet, auch durch die in denen Consistorialactis in anno 1728. producirte Specification bescheiniget worden, Kirchengüter besitzen, das onus refectionis incumbiret.

vid. *Clem. 1. de iure patron.*

PETR. PECKIVS *de eccles. aedif. et reparand. Cap. 14. seq.*

SLEVOGT. *de union. eccles. diff. 3. Cap. 1. §. 12.*

RATIONES DECIDENDI.

Nachdem aber

1) der Vergleich de anno 1578. worauf Appellanten sich in hac instantia hauptsächlich gründen, blos ein solches transsumtum ist, welches von einer in der Trefurtischen Kirchenrepositur befindlichen alten Copie genommen worden;

vid. pag. 200. act. huius inst.

auf dessen Inhalt also

2) deficiente hactenus originali soviel weniger mit Zuverläßigkeit die Decision gebauet werden kann, weilen sowohl der von Appellanten in actis consistorialibus de ao. 1728. selbsten producirte Bericht des Superintendenten Hütterods de ao. 1667. als der eben daselbst befindliche Originalvergleich de ao. 1630 und das auf diesen sich beziehende Schreiben de ao. 1631.

vid. p. 201. act. hui. inst.

buchstäblich zu erkennen geben, daß wann auch dieser erste Vergleich de anno 1578. seine glaub-
3 liche Richtigkeit haben sollte, doch nach dieser Zeit wiederum neue Streitigkeiten zwischen denen von Erfa, und der Gemeinde Heldra wegen des quästionirten Kirchenbaues entstanden; worüber sich nachmals von neuem verglichen, und dabey in anno 1630. besonders nur des Fenstermachens und einiger andern besondern Prästationen gedacht worden, so daß daraus auf das dermalen eigentlich zur Frage kommende onus universale refectionis imo reaedificationis so schlechterdings nicht geschlossen werden mag. Gleichergestalt

3) der extraiudicialiter und a Notario verfertigte Zeugenrotulus nach hiesiger Gerichtsob-
4 servanz sowohl als nach den gemeinen Rechten,

doc. PVFENDORFF *introd. in proc. P. 1. cap. 4. §. 36.*

vornehmlich in hac causa maximi praeiudicii eben sowenig für einen hinlänglichen Beweis angenommen werden kann, als wenig

4) die von Appellanten

pag. 36. 105. et 153. act. 1. inst.

producirte Bescheinigungen ein mehreres bestärken, denn daß der Appellaten Vorfahren sich zu Bestreitung ein und anderer der nöthigsten Reparationen verstanden, woraus also abermals auf das
5 von ersteren, und da pendente hac lite die Kirche fast gänzlich verfallen, vor jetzo behauptete onus einer nach dem baumeisterlichen Ueberschlag nunmehro auf 940. Rthlr. an steigenden sumtuosae admodum refectionis vel reaedificationis totalis keine ratio ad condemnandum sufficiens herzunehmen stehet; inmassen dann auch

5)

Digitized by Google

5) die geſtändige qualitas patroni die Appellaten an und für ſich noch lange nicht zu dieſem 6
onere verbindlich macht, ſondern es in dieſem Stücke auf den Beweis einer beſondern Obſervanz, oder eines beſondern pacti, oder einer ſonſtigen Obligation ankommt;

doc. BOEHMER *in iur. paroch. Sect. 7. C. 3. §. 3. ſeq.*

als in Entſtehung deſſen regulariter die parochiani des onus refectionis zu übernehmen haben; zumalen Appellanten bis hierher noch nicht erwieſen, daß die beſagte Appellaten die in actis conſiſtorialibus angegebene Kirchengüter, wie dieſe ſchlechterdings negiren, beſitzen ſollten; inzwiſchen aber doch

6) alle die in rationibus dubitandi angeführte, für den appellantiſchen Theil militirende, bis dahin in actis vorgekommene Umſtände ſoviel Vermuthung machen, daß die Appellaten ſelbſt den Vergleich de ao. 1578. oder andere Documente annoch in Händen haben dürften, woraus die eigentliche Bewandniß der Sache mit hinlänglicher Gewißheit zu erſehen ſeyn möchte, als weshalben auch erſtere von denen letzteren allſchon in an. 1728. und 1729. ja ſelbſt die Appellaten in hac inſtantia untereinander

vid. pag. 240. et 250. act. hui. inſt.

die eidliche Edition begehret; ſodann

7) obſchon ſonſten reus regulariter dem actori zur Edition nicht verbunden iſt, dieſes doch 7
in ſubſtrato propter favorem piae cauſae ſeinen Abfall leidet;

doc. MEV. *P. 5. Dec. 317.*

ſolchergeſtalt aber

8) vor der per editionem documentorum zu bewerkſtelligenden beſſern Inſtruirung der Sache deren endliche Entſcheidung ausgeſetzt bleiben muß, und doch die unumgängliche Nothwendigkeit eine einsweilige Reparation der den gänzlichen Einfall drohenden Kirche erfordern will; dieſes hingegen

9) denen Appellaten, ſoviel das allernothwendigſte betrifft, pendente lite aufzulegen, 8
von deswegen nicht unbillig ſeyn dürfte, weil ſelbige auſſer dem in hac cauſa moram non ferente nicht gänzlich auſſer Acht zu laſſenden Zeugenrotulo,

doc. PVFENDORFF. *ſupr. cit. loc.*

LEYSER *ad Pand. Spec. 283. Med. 36.*

ſchon in actis de anno 1728. die Schuldigkeit der Reparation in gewiſſer Maaſſe, gleich ihrem Vorfahren, dem Rath Walther, nicht allein anerkannt, ſondern auch allhieſiges Conſiſtorium ihnen ſolche, wie in anno 1667. ebenfalls geſchehen,

vid. pag. 105. act. prior.

per reſcriptum vom 9ten Januar 1739. proviſionaliter bereits

vid. pag. 5. actor. prior.

injungiret hat; dabey jedoch die appellantiſche Gemeinde, vermöge des von ihr ſelbſt allegirten Vergleichs de ao. 1578. ſich nicht beſchwehren mag, wann ihr zugleich die darinnen ſtipulirte obnentgeltliche Verrichtung der zu dieſer Kirchenreparation nöthigen Hand- und Fahrdienſte ebenfalls anbefohlen wird: ſo concludiret Referens ꝛc. ꝛc.

Aliter placuit maioribus in consilio propter reparationis difficultatem.

SENTENTIA DEFINITIVA.

In Sachen ꝛc. ꝛc. iſt auf das ferner verhandelte und die edirten documenta nunmehr zu Recht erkannt:

daß Appellaten als zeitige Beſitzer des Erfaiſchen Gutes zu H. die quäſtionirte Kirche in baulichem Stande und Weſen herzuſtellen und zu erhalten, appellantiſche Gemeinde anbey die dazu nöthige Spann- und Handdienſte ohnentgeldlich zu verrichten ſchuldig und gehalten ſey. Als F. O. A. Gericht zu Recht und ſchuldig erkennet mit Vergleichung der Koſten. V. R. W.

Publicata d. 8. Ianuar. 1757.

VOTVM.

Nachdem vermöge bey dieſem Tribunal publicirten Vorbeſcheides ſämtliche Appellaten den Editionseid wirklich abgeſchwohren, von appellantiſcher Gemeinde auch, wie ihr gleichfalls durch beſagten Beſcheid auferlegt geweſen, die etwa noch gehabte Beweisſtücke produciret worden: ſo kommt es nach nunmehr fernerweit geſchehener Submißion darauf an:

Ob dermalen ein ſolcher Beweis vorhanden ſey, daß danach auf eine oder die andere Art ſive abſolutorie ſive condemnatorie erkannt werden möge?

RATIONES DVBITANDI.

Nun hat zwar

1) die appellantiſche Gemeinde ein mehreres nicht beyzubringen vermocht, als daß ſie das Original von demjenigen Manual, davon vorhin bereits extractus produciret geweſen, annoch ad acta gegeben, woraus erhellet, daß der ehemalige Hanſteiniſche Pachter des Erfaiſchen Gutes Ludwig Steube in ais. 1632. ſeq. verſchiedene zur Heldraiſchen Kirche verwandte Baukoſten in Rechnung gebracht, auch wirklich vergütet erhalten. Da aber dieſes ein bloſes, zumalen nicht einmal unterſchriebenes Privatverzeichniß iſt, ſo dürfte darauf ſo viel weniger zu reflectiren ſeyn, weil ſolches bereits vorhin produciret geweſen, und nicht zum Beweis anreichend gehalten worden. Gleiche Bewandniß ſcheinet es auch

2) mit dem ferner von Appellanten producirten Extract des Allendörfer General-Kircheninventarii zu haben, da ſolches ebenfalls eine bloſe von dem ehemaligen Superintendenten Schirmer vidimirte Copey iſt. Was aber die von Appellaten auf den abgelegten Editionseid producirten Documente betrifft; ſo beſtehen ſolche

3) allein in zweyen Pachtbriefen de annis 1724. und 1683. Inhalts deren Ji reſpective 4. et 5.

dem zeitigen Pachter aufgetragen worden, auf die Kirchengebäude nebſt denen Gemeindsvorſtehern und Nachbarn fleiſig zu ſehen, daß daran kein Muthwille und leicht zu vermeidende Verwahrloſung geſchehe, auch die darauf befindliche und von dieſes freyen Ritterguts

Eigen-

Digitized by Google

Eigenthumsherrn, oder durch deren Conceſſion von dem zeitigen Pachtmeyer jederzeit gebrauchte und zu brauchen allein berechtigte Boden keinen Schaden nehmen;

als woraus ein mehreres nicht erhellet, als daß denen von Erfa vermuthlich qua patronis die Aufſicht über die Heldraiſche Kirchengebäude und der Gebrauch der Böden zugeſtanden, desgleichen beſaget

4) der in copia producirte Receß de anno 1630. wovon das Original ebenwohl allſchon vorhin in actis de ao. 1728. et 1729, beygebracht iſt,

vid. p. 427. act. huius inſt.

nur ſo viel, daß die von E. einen Stuhl in der Heldraiſchen Kirche, und dabey vi §. 2. die Fenſter zu machen haben. Die weiters und

5) von Appellaten edirte documenta

p. 433. et 439. ſeq. act. huius inſt.

dürften ebenwenig bey dem dermaligen Streit etwas erheben, weilen das eine nichts anders als ein Memorial der Gemeinde Heldra iſt, wodurch ſie die von E. als patronos in ao. 1665. erſuchet, ihre damals zerſprungene Glocken wieder herſtellen zu laſſen. Das andere aber in einem bloſen nicht unterſchriebenen Concept eines in ao. 1668. von denen von E. vermuthlich an hieſige Regierung über verſchiedene damals gehabte Beſchwehrden erſtatteten Bericht beſtehet. Gleichwie auch über dieſes alles

6) in rationibus decidendi voriger Relation des mehreren bereits ausgeführet worden, daß der Vergleich de ao. 1678. als ein bloſes, allem Anſehen nach durch neuere Vergleiche in ao. 1630. und 1631. abgeändertes transſumtum ſo wenig, als das coram Notario et teſtibus, omniſſis interrogatoriis, mithin ordnungswidrig abgehaltene Zeugenverhör, oder die

pag. 36. 105. et 153. act. primae inſt.

exhibirte, von ein und andern kleinen Reparationen ſprechende Beſcheinigung, zum völligen Beweis der dermalen bey dem faſt gänzlichen Verfall der Kirche zur Quäſtion kommenden Schuldigkeit zu einer koſtbaren Hauptreparation zureichend ſeyen; alſo möchte

7) dieſes onus nunmehro der appellantiſchen Gemeinde qua parochianis ſo vielmehr allein zur Laſt fallen, da von eben vorgedachtem Hauptreceß de 1518. durch den abgelegten Editionseid kein Original zum Vorſchein kommen wollen, und man von Seiten der Gemeinde auf gewiſſe Maaſſe in Anſehung der bey dem Bau nöthigen Handdienſte ſelbſt dieſe Obliegenheit nicht allein eingeſtehet, ſondern auch das O. A. Gericht in theſi die parochianos noch ohnlängſt in cauſa des Teutſchen Ordens c. den Pfarrer Gleim und Gemeinde Reichenbach in dubio ad huiusmodi reparationem eccleſiae ſchuldig erkannt, die patronos aber davon abſolviret hat; welches um ſo mehr in gegenwärtigem Fall ſtatt finden möchte, da

8) Appellaten negiren, daß ſie diejenige Kirchengüter, woher dieſes onus refectionis denen von E. incumbiren ſolle, und worauf appellantiſche Gemeinde ſich unter andern gegründet, beſitzen, oder auch diejenige reciproke utilia bis dahin genoſſen, wogegen nach Inhalt des receſſus de ao. 1578. die Familie von E. ſich hierzu verbunden.

RATIO-

Digitized by Google

RATIONES DECIDENDI.

Dennoch aber und dieweil

1) der vorhin allschon ad acta gekommene Receß de ao. 1578. unter andern besaget:

daß die von E. sich mit der Gemeinde verglichen, daß sie zu Erbauung der Kirche das Pfennniggeld, Zimmerleuten, Mäurern, Deckern und wozu das vonnöthen, auslegen, die Einwohner zu Heldra aber dazu den Frohnden- und Handdienst zu thun und zu leisten ꝛc. schuldig seyn sollen.

Und obschon dieses productum blos in einer aus der Kirchenrepositur zu Trefurt genommenen
9 alten copia copiae bestehet, doch an dessen Richtigkeit

2) so viel weniger ganz zu zweifeln ist, da Appellaten den in ao. 1638. errichteten, ehedem in ao. 1728. allschon originaliter ad acta gekommenen Vergleich nunmehro selbst herbeygegeben, aus dessen Inhalt aber nicht allein die dem E. ischen Gut anklebende Schuldigkeit zu Mauung der Kirchenfenster, sondern auch dieses insonderheit zu ersehen ist, daß sich darin auf jenen ersteren Vergleich bezogen und zugleich angeführet werde, daß die Gemeinde dessen Original schon damalen nicht mehr gehabt; mithin nichts anders zu schliessen, als daß besagter ältere Receß casu extraordinario abhanden gekommen seyn müsse; dieses auch noch mehr

3) dadurch bestärket wird, weil a) das producirte Originalmanual des ehemaligen Hansteinischen Pachters Steubens zu erkennen giebt, daß die Kirchenbaukosten schon in annis 1652. und 1654. dem von Hansteln, als damaligen Besitzer des Erfaischen Gutes in Rechnung gebracht und passiret; desgleichen b) daß die Besitzer des Erfaischen Gutes schon in ao. 1669. von dem hiesigen Consistorio per rescriptum angewiesen worden, sich wegen der zum Kircheubau erforderten Kosten mit der Gemeinde abzufinden;

vid. p. 105. act. prior.

nicht weniger c) daß nach denen vorhin p. 41. act. prior. vorgekommenen, und neuerlich von denen Appellaten selbst producirten ältern und neueren Meyerbriefen den jedesmaligen Pächtern des E. ischen Guts die Aufsicht über die Kirchengebäude aufgetragen worden; ferner daß d) in dem producirten von dem ehemaligen Superintendenten Schirmer vidimirten Extract Allendörfer Generalkircheninventarii expresse enthalten:

wann etwas an der Kirche zu Heldra zu bauen, so muß solches der Junker von Efra (welcher vom löblichen Haus Sachsen Coburg theils damit ist belehnt worden) verfertigen lassen, dabey die Gemeinde die Handdienste verrichten;

ingleichen e) daß die ehemalige Erfaische Gutbesitzer in dem in ao. 1668. an hiesige Regierung erstatteten, von Appellaten auf den geleisteten Editionseid im Originalconcept exhibirten Bericht nicht allein selbst gestehen, das onus bey dem Gute zu haben, daß sie laut gewisser Verträge die Kirche zu Heldra in baulichem Wesen auf gewisse Maasse erhalten müssen;

vid. p. 440. act. huius inst.

sondern f) auch Appellaten sowohl als ihre Vorfahren, laut beygebrachter Bescheinigung,

p. 36. 105. 153. act. 1. inst.

nich

nicht gänzlich in Abrede ſtellen können, daß ſie, wie beſonders ihre eigene Pachter noch in ao. 1739. ausgeſagt, das Flickwerk und was am Dachwerk, Treppen, Glockenſeilern, Riemen, Fenſtern und ſonſt ſchadhaft und brüchig worden, repariren laſſen, ob ſie ſchon zu den Hauptreparationen ſich nicht verſtehen wollen; dabey auch g) die von der appellantiſchen Gemeinde ſchon in actis conſiſtorialibus de ao. 1728. und 1729. producirte Specification vermuthen macht, daß bey dem Erfatſchen Gute gewiſſe Stücke befindlich ſeyen, in Anſehung deren demſelben das onus reficiendi eccleſiam obliege, und endlich h) die in anno 1738. coram Notario eidlich abgehörte Zeugen dieſe dem quäſtionirten Erfatſchen Gut anklebende Schuldigkeit unanimiter affirmirt haben.

vid. p. 131. ſeq. act. prior.

Obſchon auch

4) dieſe Zeugen nicht legaliter und ad interrogatoria abgehöret ſind, anbenebſt die übrige von beyden Theilen ad acta gebrachte oben bemerkte documenta guten Theils in lauter alten Copeyen beſtehen, welche Appellaten zum hinlänglichen Beweis nicht annehmen wollen: doch bekannt 10
iſt, daß in ſolchen alten Sachen, wie die gegenwärtige iſt, die Zeugenauſſage coram Notario

Doc. PVFENDORFF *in introd. ad proceſſ. civ. P. 1. C. 4. §. 36.*

LEYSER. *ad Pand. Sp. 283. Med. 36.*

ſowohl, als die zumahlen aus beglaubten Amts- und Kirchenrepoſituren, wie in praeſenti hergenommene Abſchriften, caeteris paribus gänzlich auſſer acht zu laſſen, ſehr bedenklich ſeyn will; 11
vielmehr wann ſelbige gleich

5) keinen völligen Beweis ad effectum plenariae deciſionis ausmachen, ihnen doch wenigſtens nach allen Umſtänden zuſammen genommen, die Gültigkeit eines mehr als halben Beweiſes pro ſubſtrata materia ſoviel weniger abzuſprechen ſeyn will, da

6) Appellaten dadurch nicht eine geringe Vermuthung der quäſtionirten Schuldigkeit gegen ſich gemacht, weil ſie den Pfandbrief, vermöge deſſen ſie das Erfatſche Gut zu Heldra beſitzen, und worin ſonder Zweifel auch von dieſem onere etwas enthalten ſeyn muß, nicht mit edirt haben; dabenebſt aber

7) der appellantiſchen Gemeinde auch die iura communia in ſofern zu ſtatten kommen, daß 12
wann eine Kirche, wie in ſubſtrato, keinen hinlänglichen Fond ex dotatione zu ihrer Unterhaltung hat, alsdann die patroni mit denen parochianis das onus ſuſtentationis et refectionis, und zwar wie es an den meiſten Orten geſchiehet, jene in Anſehung der Koſten, dieſe aber in Anſehung der dazu erforderlichen Dienſte übernehmen müſſen.

doc. BOEHMER *in I. C. P. Tom. 3. Lib. 3. Tit. 48. §. 70. et 75. ſeq.*

Dem auch

8) das neuerliche praeiudicium in cauſa des Teutſchen Ordens c. den Pfarrer Gleim nicht obſtiren mag; weilen bey dieſem Fall nicht der geringſte Beweis gegen den Teutſchen Orden, ſondern viel mehr alle Präſumtion quoad poſſeſſionem für denſelben geweſen; im übrigen

9) der Umſtand, daß Appellaten einige zur Heldraiſchen Kirche gehörige Güter zu beſitzen, oder auch die in dem Receß de ao. 1578. bedungene reciproke praeſtationes zu genieſſen gänzlich negiren, die Entſcheidung des gegenwärtig ſchon ſo lange und faſt bis zum gänzlichen Einfall der

Kirche gedauerten proceſſus nicht aufhalten mag; weilen beſagte Appellaten ihre desfallſige vermeynt-liche Befugnis allenfalls in ſeparato gegen die Gemeinde ausführen müſſen; ſolchergeſtalt hingegen

13 10) denen Rechten nach nichts übrig iſt, als die appellantiſche Gemeinde zu Erfüllung des annoch abgehenden Beweiſes in der gewöhnlichen Ordnung, daß 3. oder 4. der Aelteſten aus derſelben, welche die Appellaten zu wählen haben, ihr aſſertum mittelſt leiblichen Eides beſtärken, zuzulaſſen:

PVFENDORFF *introd. ad proceſſ. P. 3. C. 5. §. 12.*

MEV. *P. 1. Dec. 239. n. 2.*

ſo concludirt Referens aus dieſem allen:

daß appellantiſche Gemeinde durch vier der Aelteſten, von der Sache die beſte Wiſſenſchaft habende, auch von Appellaten allenfalls zu wählende ihres Mittels eidlich in ſupplementum zu erhärten ſchuldig, was maſſen ſie nicht anderſt wüßten noch glaubten, als daß die jedesmalige Beſitzere des Erfalſchen Gutes die Kirche zu Heldra in baulichem Stande und Weſen herzuſtellen und zu erhalten; ſie aber appellantiſche Gemeinde dazu allein die Handdienſte zu thun verbunden,

und könnte demnach vorerſt folgender Vorbeſcheid ertheilt werden:

In Sachen ꝛc. iſt auf das weiter verhandelte hiermit fernerer Vorbeſcheid: kann und wird appellantiſche Gemeinde, wie ſie hiermit zugelaſſen iſt, durch vier der Aelteſten, von der Sache die beſte Wiſſenſchaft habende, von Seiten der Appellaten, ſo ſie wollen, zu wählende Bevollmächtigte ihres Mittels in ſupplementum eidlich erhärten, was maſſen ſie nicht anders wiſſen oder glauben, auch von ihren Vorfahren nie anderſt gehöret, als daß die jedesmalige Beſitzere des Erfalſchen Gutes die Kirche zu Heldra in baulichem Stande und Weſen herzuſtellen und zu erhalten, die Gemeinde hingegen allein die Handdienſte dabey zu verrichten ſchuldig, als wozu terminus auf den ⁂ bey dieſem Oberappellationsgericht angeſetzt iſt: ſo ergehet alsdann in der Sache weiter W. R.

(Maiora vota non opus eſſe hoc iuramento, ſed cauſam definitive ſtatim decidendam in conſilio ſtatuerunt.)

Wann darauf dieſer Eid, wie nach dem von Appellanten beſchehenen Erbieten

p. 341. actor huius inſt.

nicht zu zweifel ſtehet, abgeſchwohren iſt: ſo will dann folgende ſententia definitiva et condemnatoria, ob praeſtationem iuramenti tamen cum compenſatione expenſarum ſich von ſelbſt ergeben ꝛc.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS.

Ich bin wegen des vorhero abzuſchwöhrenden iuramenti ſuppletorii, weilen anderſt nicht aus der Sache zu kommen ſtehet, ſodann auch, hoc praeſtito, mit der Erkenntniß in der Hauptſache verſtanden. Weilen aber doch

1) aus dem Receß de anno 1578, wonach die Sache vornehmlich beurtheilet werden muß, ſoviel nicht undeutlich erſcheinet, daß die Einwohner zu Heldra, auſſer denen Handdienſten, auch

noch

Digitized by Google

noch die Frohnden oder Spanndienste, wofür es hier genommen werden muß, zu leisten schuldig seyn sollen; dieses auch

2) denen gemeinen Rechten und der hiesigen Landesobservanz gemäß ist, und Appellanten ausserdem

3) nach Gestalt des quästionirten Gutes wohl schwehrlich im Stande seyn dürften, dem iudicato ein Gnüge zu thun: so stelle ohnmaßgeblich anheim, ob nicht in der Sentenz, mit denen Handdiensten die Spanndienste zu verbinden seyn möchten.

DECISIO CXCV.

ARGUMENTUM GENERALE:

OPERAE INDETERMINATAE CASTRENSES (Burgbaudienste) NON QVIDEM AD EXTENDENDA ET MVLTIPLICANDA AEDIFICIA DOMINI, BENE TAMEN AD EXSTRVENDAS AEDES IN VSVM DOMESTICORVM NECESSARIAS EXIGI POSSVNT.

DECRETVM.

In Sachen der Gemeinde Elben, wider des Obervorstehers von Buttlar zu Elberberg nachgelassene Wittib, in Vormundschaft ihrer Kinder, Burgbaudienste zu Fällung des Bauholzes betreffend:

werden die von Dr. F. gebetene processus appellationis hiermit abgeschlagen.

Datum d. 2. Maii. 1750.

FACTVM.

Die appellirende Gemeinde ist an das Buttlarische Gut Elberberg ungemeßene Burgdienste schuldig. Als aber die Appellatin jetzige B. ische Wittib zu Elberberg ao. 1748. ein Verwalterhaus bauen lassen wollte, und die Gemeinde zu Fällung des nöthigen Bauholzes in Dienst gefordert: so hat dieselbe sich dessen geweigert, aus dem Grunde, weil dieses Haus ein neues Gebäude sey, und die B. ische Wittib hat deswegen Klage erhoben. Nachdem nun die Regierung durch Vorbescheid die Klägerin angewiesen, ihr Angeben:

daß Beklagte zu den Gebäuden auf dem Burghofe zu Elberberg unter andern Diensten auch das nöthige Bauholz jederzeit ohnweigerlich gefället, und sie Klägerin dieserwegen in possessione vel quasi constituiret sey,

zu erweisen, Klägerin diesen Beweis auch durch Zeugen zu führen übernommen: so erging am 29ten Novemb. 1749. der Definitivbescheid:

daß Beklagte das quäſtionirte Bauholz ſolange, bis ſie in petitorio ein anderes gegen Klägerin durch den Weg Rechtens ausgeführet, zu Dienſt zu fällen ſchuldig und gehalten ſeyen,

von welcher Erkänntniß die Beklagte anhero appellirten.

VOTVM.

Es beruhet bey dieſer Sache cardo controverſiae darin:

Ob die von Appellanten formirte Diſtinction zwiſchen alten wieder aufzubauenden und neuen Gebäuden *in hoc iudicio poſſeſſorio* zu attendiren, und ſolchem zu Folge die Appellatin zuforderſt *in ſpecie* auch die Poſſeßion der quäſtionirten Dienſte zu neuen Gebäuden, wo vordem keine geſtanden, hätte erweiſen ſollen.

RATIONES DVBITANDI.

Nun hat zwar die Meynung der Appellanten von daher einigen Schein weilen die Frage von der Poſſeßion lediglich in facto beſtehet, folglich die Poſſeßion auch nothwendig in terminis des bisherigen Poſſeßionsſtandes bleiben muß, die Extenſion aber der Dienſte nicht ſowohl ad poſſeſſorium als vielmehr ad petitorium gehöre, worauf hier um deſto mehr zu reflectiren ſeyn möchte, als bekannt iſt, daß man ohnlängſt bey dieſem Tribunal per iudicatum

in cauſſa der Anſpänner zu Breizbach und Renda *contra* die von Buttlar zu Markershauſen

bereits in petitorio feſtgeſetzt, daß die Extenſion der Burgdienſte auf multiplicirte neue Gebäude vor mehrere Familien derer Dienſtherrn, wenn gleich ſolche in den Ringmauern der Burg angelegt würden, ganz unzuläßig ſey, und da die Appellatin nicht erwieſen, daß die Appellanten, zu neuen Gebäuden, ſondern nur in anno 1737. zu einer Scheuer auf dem Platz und an die Stelle, wo vordem eine alte unbrauchbar gewordene Scheune geſtanden, gedient haben: ſo möchte es auch das Anſehen gewinnen, daß der beygebrachte Beweis in Anſehung der neuen Gebäude nicht hinlänglich, und auf die Extenſion der Dienſte in poſſeſſorio nicht zu ſprechen geweſen.

RATIONES DECIDENDI.

Nachdem aber

1) die Appellanten nicht in Abrede ſtellen können, daß ſie bisher das Holz zu allen auf dem Burghof E. befindlichen Gebäuden gehauen, und in ſoweit allerdings ungemeſſene Dienſte präſtirt haben; die Reſtriction aber derſelben

2) auf die alten Gebäude, und daß ſie ſolche reſpectu der neuen Gebäude nunmehro vor gemeſſen angeben wollen, gegen die Natur dieſer Dienſte, und gegen alle Vermuthung angehet; folglich

3) die Appellatin auch wegen der neuen Gebäude, ſo bey dem Burgſitz E. nöthig ſind, in poſſeſſorio ſo lange fundatam intentionem vor ſich hat, als die Appellanten in petitorio nicht ein anderes ausgemacht haben; mehrerwogen

4)

Digitized by Google

4) das quäſtionirte neue Gebäude eine Verwalterswohnung ſeyn ſoll, welche bey einem Burgſitz allerdings nöthig, und vor ein acceſſorium deſſelben zu halten iſt; und obgleich

5) nach dem obangezogenen praeiudicio dieſes Tribunals in cauſa B.er Dienſtleute contra von B. die Multiplication der Wohnungen und Burgſitze vor mehrere ſich darauf etablirende Familien zu Beſchwehrde der Dienſtleute nicht gereichen mag. ſolches doch in Anſehung der Gebäude, welche vor die Domeſtiken des Dienſtherren gehören, ceßiret, und darauf nicht applicirt werden kann, und ſo lange die Appellatin die Burgſitze ſelbſten nicht multiplicirt, ſondern nur die Dienſte zu dem alten Burgſitz und deſſen Zubehörungen prätendiret, die Appellanten ſich nicht zu beſchwehren haben, und die Diſtinction unter alten und neuen Gebäuden wenigſtens in poſſeſſorio wegfällt, allermaſſen auch die Appellanten zufrieden geweſen, daß der Beweis in voriger Inſtanz ohne ſolche Diſtinction regulirt und geführet worden, ohngeachtet ſie gleich anfangs dieſes Streits mit ſothaner Diſtinction hervorgetretten: So kann Referens ꝛc.

DECISIO CXCVI.

ARGUMENTA GENERALIA:

I. Privilegium, quod fiſco ratione editionis documentorum competit, ad eccleſiam non poteſt extendi.

II. Parochus pro conſervandis et reducendis bonis parochialibus, officio parochiali deſtinatis, vices actoris vel rei absque alia legitimatione ſuſtinere poteſt.

SUMMARIA.

Quoad thema I. nonnulli Doctores diſſentiunt. n. 1.
Hinc fiſco, editionem documentorum ad probandam actionem ab eccleſia petenti, privilegium denegant. n. 2.
Sed thema deciſionis firmioribus argumentis nititur. n. 3.
Parocho in bonis parochialibus competit dominium utile n. 4.
Ab uſufructu ordinario aliquo modo diverſum. n. 6.
Hinc thema II. deciſionis deduci poteſt. n. 5. 7.

SENTENTIA.

In Sachen Procuratoris fiſci zu Marburg, aſſiſtendo dem Obriſten von Freywald daſelbſt, wider den Pfarrer Häuſer zu Gemünden, wird auf das verhandelte und erfolgten Schluß zu Recht erkannt:

daß Appellat alle über den Zehenden quaeſtionis in Händen habende Nachrichten praevio iuramento editionis dem Appellanten zu communiciren ſchuldig, und in dieſem Punct der Marburger Regierungsbeſcheid a quo zu reformiren, übrigens aber zu confirmiren ſey. Als F. O. A. Gericht erkennet, reformiret und confirmiret V. R. W.

Publicata ad maiora d. 13. Sept. 1752.

FACTVM.

Das Geſchlecht derer von Schleyern hat in den alten Zeiten den Burghof zu Gemünden an der Wohra als ein hieſiges Lehen beſeſſen und recognoſciret, als aber ſelbiges ausgeſtorben, iſt der Darmſtädtiſche Canzler Fabricius aufs neue damit belehnt worden. Von deſſen Poſteritat iſt gedachter Burghof mit lehnherrlichem Conſens an die von Hornum, von dieſen an die Schäfer und zuletzt an den Obriſten von Freywald titulo emtionis gekommen.

Zu obgedachtem Burgſitze ſoll ein gewiſſer Zehnden gehören, welchen anjetzt der evangeliſch-lutheriſche Prediger zu Gemünden in Beſitz haben ſoll.

Procurator fiſci nimmt daher ſolchen in Anſpruch, deferirt dem Pfarrer über deſſen Beſitz den Eid und verlangt editionem aller darüber ſprechenden Documente. Als nun die Regierung zu Marburg am 25ten Febr. 1751. den Beſcheid ertheilte:

daß Kläger mit ſeiner angeſtellten Klage, und zu deren Begründung von dem Beklagten verlangten Eide noch zur Zeit und ſolange ab- und zur Ruhe zu verweiſen, bis derſelbe, daß der zehende quaeſtionis der zu des Obriſten von F. Burglehn zu Gemünden gehörige Zehende ſey, beſſer als noch zur Zeit geſchehen, erwieſen haben wird:

So provocirte der Procurator fiſci appellando an dieſes Gericht.

VOTUM.

Bey der Sache ſelbſt ergeben praemiſſa, daß Procurator fiſci nur darüber gravaminirt, daß

1) Appellat ſowohl von Edition der über den Zehenden quaeſtionis ſprechenden Documenten und desfalls abzuſchwöhrenden iuramenti editionis, als

2) von dem, ihm in replicis deferirten Eid, abſolvirt worden.

1 Bey dem erſten gravamine ſind zwar einige Juriſten der Meynung, daß die Kirchen und alle pia corpora des privilegii fiſci in puncto editionis documentorum ſich ebenfalls zu erfreuen hätten; extendunt enim ICti hoc privilegium fiſci ad eccleſias aliaque pia corpora,

RVLAND *de Comm. P. 2. L. 5. cap. 14. n. 4. ſeqq.*

MINDANVS *Lib. 2. de mand. c. 48. n. 10.*

2 welcher Meynung auch der Referent bey der Marburger Regierung geweſen, und den Schluß dahin gemacht hat, quod privilegiatus contra aeque privilegiatum non utatur privilegio ſed iure communi.

3 Es hat aber der Geheimerath Böhmer in dem iure eccleſiaſtico proteſtantium ganz ſolide deducirt, daß die Kirchen und andere pia corpora ſich dieſes privilegii fiſci nicht zu erfreuen hätten,

noch

Digitized by Google

noch ſelbiges auf dieſelben zu extendiren ſeye; in Anſehung daß dieſes privilegium fisci etwas beſonders ſeye, privilegia enim fisci ſunt ſtricti iuris, continent exceptiones a regula, quae in dubio praeferenda;

BOEHMER *I. E. P. L. 2. T. 22. §. 14.*

welcher Meynung denn, als welche in den Rechten und der geſunden Vernunft gegründet, Referens ebenfalls beypflichtet, dannenhero auf reformatoriam dahin votiret, daß Appellat alle über den Zehenden, hinter der Burg ſprechende und in Händen habende documenta praevio editionis iuramento zu communiciren ſchuldig.

Die Regierung hat des Procurat. fisci ganzes Klagwerk für ungegründet und durch des appellati exceptiones elidirt gehalten, welches Referens ebenfalls glaubet, und der Meynung iſt, daß zuletzt wenigſtens doch nichts anders heraus kommen dürfte.

Nachdem aber die Regierung gleichwohl dem Appellanten identitatem obiecti zu erweiſen auferlegt, welcher Beweis ſchwehr, und Procurator fisci eben dieſen Beweis durch des appellati etwan in Händen habende documenta beybringen will, ſo kann man auch nicht anders, als man muß demſelben damit an Hand gehen.

Das zweyte gravamen hält Referens für ganz ohnbegründet.

Procurator fisci giebt hierbey vor, der Appellat hätte menſe Nov. 1748. zu der Zeit als der Obriſt von F. beym fürſeyenden Handel und Beſichtigung des Guts zu G. die Lehnbriefe und andere documenta eingeſehen, ſich ganz offenherzig verlauten laſſen:

> daß zwar der Zehnde an der Burg zu G. in dem Lehnbrief enthalten, derſelbe aber von langen Jahren her bey der Pfarre zu G. und dieſe desfalls in der Poſſeßion ſeye,

und weil der Prediger weiter nichts eingeſteht, als daß er dem Obriſten von F. geſagt, daß ſein anteceſſor der Candidat S. anno 1746. als er von der caſſeliſchen Lehensempfängnis retourniret, ſich in G. verlauten laſſen, daß er einen Zehnden, den der Pfarrer hätte, wieder zur Burg bringen wolle, ſo deferirt der Appellant dem Appellaten darüber den Eid.

Gleichwie aber Referens den Eid von deswegen ganz irrelevant hält, weil der Prediger, wenn er dasjenige geſagt hätte, worüber er ſchwöhren ſoll, der Kirchen nichts vergeben kann: ſo ſchlieſet er auch in dieſem Stück auf pure confirmatoriam.

Ob indeſſen nun zwar, Referentis Dafürhaltens, bey dem erſten gravamine eine reformatoria erfolgen muß: ſo hindert doch ſolches nicht, die Sache ad forum primae inſtantiae zu remittiren, weil es noch zur Zeit nicht die Hauptſache, ſondern die actionem praeparatoriam ad exhibendum betrifft.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS. I.

Weilen ein zeitiger Pfarrer nur uſufructuarius vom quäſtionirten Zehnden iſt, folglich dieſer den Proceß absque nullitate nicht allein führen kann, ſondern die Kirchenvorſteher eigentlich die iura der Pfarre und Kirche zu defendiren haben: ſo hielte unmaßgeblich dafür: daß zuforderſt ex officio auf die Adcitation der Kirchenvorſteher zu erkennen wäre.

VO-

VOTVM DNI. CORREFERENTIS II.

Nach genauerer Ueberlegung der Sache finde meines wenigen Orts keinen Anſtand, daß nicht der allein bisher in lite geweſene Pfarrer auch ferner den Proceß vor ſich ohne weitere Adcitation der Kirchenvorſteher proſequiren könne.

4 Denn ob zwar ſeine Richtigkeit hat, daß ein Prediger qua talis kein dominium plenum, ſondern blos utile an den Kirchengütern und Gefällen beſitze, und in ſofern als ein uſufructuarius zu conſideriren iſt: ſo hindert doch

5 1) überhaupt die qualitas uſufructuarii nicht abſolute, daß ein ſolcher nicht ratione dominii ſui utilis vices actoris vel rei contra tertium vindicantem übernehmen könne; überdem aber und

6 2) differirt der uſufructus, welchen ein Pfarrer in vim ſalarii von den Kirchengütern hat, doch auch in vielen Stücken von einem ſonſtigen uſufructu, ita ut in quibusdam parochus partim deterioris partim melioris conditionis ſit, quam alius uſufructuarius, wie dieſe Differenzien

BOEHMER *in iure parochiali Sect. 5. Cap. 2. §. 15. 16. usque 27.*

mit mehrerem bemerket, und darbenebſt noch

7 3) per praeiudicium facultatis iuridicae beſtättiget hat, daß ein parochus pro conſervandis et reducendis bonis parochialibus, officio parochiali deſtinatis, vices actoris vel rei absque ulla alia legitimatione, übernehmen könne, wenn, wie er ſetzet, maioris commoditatis und alſo nicht neceſſitatis gratia kein beſonderer Advocatus plarum cauſarum, oder der Advocatus fisci, oder auch ſonſten ein ordentlicher praefectus aerarii eccleſiaſtici zu Wahrung dieſer Nothdurft beſtellet iſt.

doc. eod. BOEHMER *cit. loc. Sect. 6. Cap. 2. §. 8. ſeq.*

Da es nun bishero in dergleichen Fällen noch immer bey hieſigen iudiciis eben ſo gehalten, und den zeitigen Pfarrern die jetzo in Frage kommende Legitimation nicht in Zweifel gezogen worden: ſo ſehe auch nicht wie in caſu ſubſtrato daraus eine Nullität zu beſorgen ſeyn möchte.

Was den in Anregung gekommenen defectum legitimationis ex parte des vom Obriſten von F. zum actore ſich angegebenen Procuratoris fisci anlanget: ſo ergeben die acta, daß dieſer eigentlich, weil der Zehnde quaeſtionis Lehn ſeyn ſoll, litem übernommen, auch, wie angeführet wird, erſtgedachter von F. aſſiſtentiam fiscalis ad effectum redintegrationis feudi erhalten, und da dieſes dem bekannten hieſigen Lehnsedict gemäß iſt, ſo finde ebenwenig Anſtand, daß man, um nicht den Proceß zu verlängern, und ab ovo wieder anzufangen, es bewandten Umſtänden nach auch hierbey bewenden laſſen könne. Meo voto humillimo conformire mich alſo ex adductis rationibus pure mit dem Herrn Referenten

VOTVM DIRECTORII

Director wollte die maiora zwar nicht hindern, könnte aber um der Conſequenz willen, damit nicht übereinſtimmen. Denn

1) gehörte dem Pfarrer H. der Zehnde nicht, ſondern der Kirche, folglich müſte er ſich Nahmens der letzteren zuförderſt legitimiren.

Nec

Nec obſtat, daß bishero nicht hierauf geſehen; ſondern in einigen Sachen darüber hinaus gegangen worden, indem es nicht darauf ankäme, was geſchehen, ſondern was geſchehen müſte; geſtalten ſich dann noch niemand deswegen geregt hätte; widrigenfalls und wenn ſolch ein Urtheil ex hoc capite impugnirt würde, ſo dürfte alsdann erſt die Frage entſtehen wie weit es gültig ſey oder nicht.

2) Gienge dieſe Sache nicht principaliter Procuratorem fisci ſondern den Obriſten von F. an. Und da, wann der Zehnde verlohren gienge, dieſer Schaden der Kirche a ſummo Episcopo erſetzt werden müſte, wofern ſelbige nicht indotata, und der Prediger ohne Beſoldung bleiben, oder gar eingehen ſollte: ſo würden in gegenwärtigem Fall die iura fisci in der That und hauptſächlich gegen den Landesherrn allegirt, welches intentio legislatoris nie geweſen; dahero er an den Folgen, welche nicht vorher zu ſehen ſtünden, keinen Theil nehmen, noch ſich deren theilhaftig machen könnte.

DECISIO CXCVII.

ARGUMENTA GENERALIA:

I. Teſtamentum nuncupativum a Notario in ſcripturam redactum teſtatori, imperito literarum, praelegendum eſt.

II. Hanc praelectionem autem factam eſſe, ex aſſertione Notarii teſtamento inſertae ſufficienter non probatur.

SVMMARIA.

Praelectionem in teſtamento imperiti literarum nonnulla Interpretes neceſſariam non iudicant. n. 1.
Et factam eſſe praeſumunt. n. 3.
Pro inſtrumento quolibet praeſumtio veritatis militat. n. 2.
Thema I. deciſionis probatur. n. 4.
Et thema II. n. 5.

SENTENTIA.

In Sachen Marien Eliſabeth des Waldhorniſten Ehelichs Ehefrau allhier, wider Johannes Naumann und deſſen Tochter Anne Eliſabeth, Chriſtoph Cramers Ehefrau zu Gurhagen, appellationis reciprocae, die Gültigkeit des in actis angezogenen Teſtaments, modo den deshalben

auferlegten Beweis betreffend, wird auf das verhandelte und der Sachen Schluß zu Recht erkannt:

daß es zwar bey dem den Appellaten und respective Appellanten von der hiesigen Regierung unterm 30ten Nov. 1752. auferlegten alternativen Beweis, des hinc inde beschehenen Einwendens ungehindert, zu lassen, und in so weit die deshalber ergangene remissoriales zu confirmiren seyen, jedoch mit dem Anhang, daß nach klarer Vorschrift der neuen Proceßordnung §. 13. die Sache nach ihrer Art und Beschaffenheit an Richter erster Instanz zur weiteren Ausführung nicht zu remittiren, sondern von dem iudicio a quo selber auf den ein oder andern Fall salva reprobatione zu führenden Beweis zu erkennen ist. Inmassen F. O. A. Gericht so wie vorstehet, erkennet und mit diesem Anhang confirmiret, die Unkosten aber dieser Instanz compensiret V. R. W.

Publicata d. 29. Maii. 1754.

FACTVM.

Der jetzige Mitappellat Johannes Naumann hat ao. 1724. mit seinem damaligen zweyten Eheweibe, einer vollbürtigen Schwester der jetzigen Appellantin vor dem Notario H. und sieben Zeugen, welche nunmehr alle verstorben sind, ein testamentum nuncupativum errichtet, welches der Notarius alsdann zu Papier gebracht hat. In diesem schriftlichen Aufsatze ist die Mitappellatin, des Naumanns Tochter erster Ehe zur Universalerbin beyder Ehegatten eingesetzt. Weil aber die mittestirende Ehefrau des Schreibens unerfahren gewesen: so hat der Notarius H. als testis octavus die Disposition im Nahmen der Testatricin auf allen Blättern unterschrieben, und hinzugesetzt:

daß testatores diese ihre Willensmeynung zum öftern mit Bedacht über- und vorgelesen, solche auch ihrer Meynung allerdings gemäß befunden hätten.

Als nun ao. 1752. die mittestirende Ehefrau verstorben, und deren Schwester die jetzige Appellantin hereditatis petitionem ab intestato anstellte; so gab nach verhandelter Sache das Amt zu Milsingen den Bescheid:

daß das in actis angezogene Testament für ungültig zu erkennen; vielmehr Klägerin zu der quästionirten Verlassenschaft des Beklagten Ehefrauen als Erbin ab intestato zu admittiren, diesem dem gedachten Beklagten aber, was er in dotem inferirt bekommen sowohl, als auch die Hälfte vom Erwerb zu lassen, folglich derselbe ein förmliches inventarium sub iurata manifestatione über seiner Frauen Vermögen und betragenden Antheil des Erwerbs aufzustellen, und darauf der Klägerin vorgedachter massen die Erbschaft cum fructibus perceptis et percipiendis abzutretten schuldig sey.

Auf erhobene Appellation des Beklagten hat die Regierung diesen Bescheid per remissoriales vom 30ten Novemb. 1752. dahin reformiret:

daß dem Appellanten der Beweis, daß der defunctae das quästionirte Testament behörig vorgelesen worden, oder auch selbige nachhero diese ihre wahrhaftige hierin enthaltene Will-

kühr-

lensmeynung durch Uebergabe des ihrigen und sonsten hinlänglich zu erkennen gegeben habe, aufgelegt werde.

Dadurch haben sich beyde Theile gravirt erachtet, und observatis formalibus an dieses Tribunal appelliret.

Der Beklagten gravamina bestehen darin, daß ihnen der Beweis der geschehenen Prälection auferlegt worden, da doch theils die praelectio in testamento imperiti literarum kein nöthwendiges requisitum, theils aus der in dem Testament enthaltenen Declaration die geschehene Vorlesung zu präsumiren sey.

Die Klägerin hingegen gravaminiret darüber, daß in der sententia a qua ein alternativer Beweis admittirt worden, da sie das interdictum quorum bonorum angestellet, mithin in petitorio noch nicht zu erkennen gewesen.

VOTVM.

Wann man diese Sache nach der erhobenen Klage beurtheilet: so ist zwar aus der jetzigen Appellantin E. petito erster Instanz klar genug zu ersehen, es wird auch von den Beklagten nunmehrigen Appellaten nicht widersprochen, daß jene blos in possessorio und zwar ex interdicto quorum bonorum ad adipiscendam hereditatem geklagt hat, und da ihr das ius hereditarium ab intestato nicht widersprochen wird, die Proceßordnung §. 49. auch klar genug disponiret:

daß in dem Fall, wann der letzte Wille verwerflich, die Erbschaft den heredibus ab intestato gegen Caution in Besitz gegeben, den contradictoribus aber ihre Befugniß reservirt werden soll:

so will es das Ansehen haben, daß noch zur Zeit in petitorio nicht zu erkennen, sondern der Klägerin nunc Appellatin gravamen, daß über das instituirte remedium possessorium hinausgegangen worden, hinlänglich gegründet sey.

Nachdem aber oben dasjenige, was Appellantin in soweit quoad possessionem adipiscendam vor sich hat, dieselbe auch aus eben dem Grunde gegen sich gelten lassen muß, nehmlich daß den Beklagten nunc Appellaten, qua praetensis heredibus ex testamento ebenwohl ein dergleichen remedium possessorium ex L. ult. C. de edict. D. Hadr. toll. ex testamento vitio visibili carente competiret, massen auch hiernunter vorangezogene Proceßordnung §. 48. klare Maaß und Ziel giebt; bey dem allen aber beyde Theile sich nunmehro nicht allein in das petitorium über die Gültigkeit der quästionirten Disposition völlig eingelassen, sondern auch, quod maxime notandum est, iudex primae instantiae einmal schon wirklich in petitorio gesprochen hat, und diese Erkänntniß wenigstens in Ansehung der Appellantin E. rechtskräftig geworden ist: so wird man es auch nunmehro wohl bey der ad petitorium gehörigen hereditatis petitione um so mehr zu lassen haben, als ohnehin nicht abzusehen stehet, warum man partes noch in gröfere Weitläuftigkeit kommen lassen soll.

Dieses aber vorausgesetzt, so kommt es vornehmlich auf die von der Appellantin dem testamento entgegengestellte Exception an, und weilen diese darin bestehet:

daß das quäſtionirte Teſtament wegen ermangelnder Prälection für gültig nicht zu achten,

die Appellaten aber theils ſich auf die pro facta praelectione zu formirende Präſumtion berufen, theils die Willensmeynung der Teſtatricin per alia facta aequipollentia erweiſen wollen, welchen letzteren Beweis die Appellantin als irrelevant verwirft: ſo kann und muß der ſtatus cauſae auf folgende Frage ausgeſetzt werden:

Ob und wie weit der den jetzigen Appellaten als Teſtamentserben auferlegte alternative Beweis in ein oder dem andern Punct theils überhaupt relevant, theils auch ſo ferne beygebracht ſeye, daß nicht jenen den Appellaten, ſondern vielmehr der Appellantin, E. als Erbin ab inteſtato die probatio in contrarium obliege?

RATIONES DUBITANDI.

Nun iſt zwar was die Prälection betrifft,

1 1) eine bekannte Sache, daß verſchiedene Rechtslehrer, in ſpecie der von den Appellaten ſelber citirte Leyſer, dafür halten, quod praelectio in teſtamento imperiti litterarum non ſit neceſſaria;

cit. ipſius Med. 4. Sp. 353.

womit auch iuxta

L. 21. C. de teſtam.

in welchem bey einem ſolchen Teſtament mehr nicht als die adhibitio teſtis octavi erfordert wird, die diſpoſitio iuris civilis in ſo weit übereinkommt. Ferner ſcheint auch

2) das in actis angezogene praeiudicium

in cauſſa Wilkin *contra* Dammin

dieſen Satz wenigſtens in tantum zu beſtärken; geſtalten aus beyliegender bey dieſem Tribunal abgehaltenen Relation zu erſehen iſt, daß ein Unterſchied inter teſtamentum caeci, et teſtamentum litterarum imperiti gemacht werden wollen; und falls auch eine ſolche Prälection für nöthig geachtet werden möchte, ſo will es dennoch

3) das Anſehen haben, daß in ſubſtrato caſu ein ſolcher Beweis, wo nicht von deswegen ganz überflüßig ſeye, weilen im Teſtament klar enthalten iſt:

daß beyde teſtirende Eheleute ſolche zum öftern mit bedachtſamen Fleis über- und vorgeleſen, auch ihrer Gemüthsneigung gemäß befunden haben

doch wenigſtens

2 4) nicht den Appellaten, qua Teſtamentserben, ſondern vielmehr der Appellantin als Erbin ab inteſtato der Beweis des contrarii, geſtalten ſothane Prälection unterblieben ſey, obliegen müſſe; indem ein jedes Inſtrument nicht allein praeſumtionem veritatis vor ſich hat,

vi L. 18. C. de probat.

3 ſondern auch eine ſolche Prälection ſo gar vermuthet wird, etſi eius nulla mentio facta ſit.

LEYSER *cit. loco Med. 5.*

Auch möchte dieſes

5)

5) noch weiters von daher um so mehr für billig gehalten werden, weilen den Appellaten der Beweis, nach erfolgtem Ableben sämtlicher Zeugen, wo nicht fast ohnmöglich, doch sehr schwehr fallen wird, und was endlich

6) das andere alternative probandum, weshalben sich die Appellantin ihrer Seits gravirt hält, betrifft, da möchte es eben wohl das Ansehen haben, daß solches gar nichts relevire; sintemalen von daher, wenn gleich defuncta testatrix von der Mitappellatin ihren Haushalt versehen lassen, doch keine Uebergabe der Güter, geschweige eine wirkliche Ratihabition des Testaments zu folgern stehet.

RATIONES DECIDENDI.

Nachdem aber

1) in der quästionirten Disposition klar enthalten ist, daß solche von dem Notario H. zu Papier gebracht, auch

2) sowohl daraus constiret, als sonst testantibus actis in confesso ab utraque parte beruhet, daß die Mittestatricin de cuius hereditate iam quaeritur, weder selber schreiben, noch geschriebenes lesen können; einfolglich

3) fides et certitudo voluntatis einmal, wie allezeit, blos auf der Prälection beruhet, daher aber

4) wider des citirten Leysers und anderer Meynung viele andere Rechtslehrer aus ganz soli- 4
den Gründen der conträren Meynung sind, daß auch bey einem solchen testamento nuncupativo a Notario in scripturam redacto die Prälection allerdings de essentia et validitate seye, wie dieses

BOEHMER *in dissert. de testamento non praelecto* cum multis aliis ibi citatis D. D. et cum solida refutatione aller gegentheiligen Sätze, aus dem Grunde zeigt, weil certitudo voluntatis ad essentialia testamenti gehöret, und davon in eiusmodi casu anders nicht als per praelectionem constiren kann, auch von daher den ganz vernünftigen Schluß macht, quod etiam ius civile propter rationem generalitatis, identitatis et causae finalis hanc necessitatem requirat, cum semper dubitari possit, an etiam testator sciverit, quid alter, cuius fidem in scribendo elegit, scripserit, anque cum tertio non colluserit;

cit. BOEHMER *d. Dissert. per totum.*

und dann

5) aus dem über das Testament vom Notario H. gemachten Instrument mit keiner Sylbe erscheinet, daß diese Prälection wirklich geschehen ist; hingegen

6) dasjenige, was dieserhalben im Testament selber enthalten, allezeit petitio principii ist, 5
und bleibet, da man nicht weiß, ob die Testatricin, wie überhaupt von der ganzen Disposition, also auch von dieser in so weit mit eingeflossenen gewöhnlichen Formel etwas gewußt hat und erfahren können oder nicht. Nicht zu gedenken, daß

7) die Worte selber in verbis:

daß testatores solches mit Fleis überlesen,

nach Gestalt der Sache, da wenigstens die Mittestatricin eingestandner massen auch das geschriebene nicht einmal lesen können, eben so verdächtig heraus kommen, als aus andern Exempeln überhaupt nicht unbekannt ist, wie wenig des Notarii H. fidei zu trauen gewesen; übrigens auch

8) das angezogene praeiudicium dieses Gerichts theils ad casum praesentem von deswegen nicht applicabel ist, weilen damals nicht sowohl von einem testamento imperiti literarum, als vielmehr von einer dispositione a caeca facta die Frage gewesen, folglich gegenwärtiger casus in terminis nicht entschieden worden, und wenn auch schon damals dafür gehalten werden wollen, daß praelectio in casu praesenti nicht nöthig wäre, dennoch die beyliegende contrare vota die Decision in contrarium hinlänglich erläutern; ferner auch und wenn gleich

9) gar kein Testamentszeuge mehr vorhanden wäre, einfolglich den Appellaten das probandum quoad membrum primum wo nicht unmöglich, doch schwehr fallen dürfte, dieses gleichwohlen der Appellantin ihrem per supra deducta vor sich habenden Recht nichts benimmt, geschweige dem Richter den geringsten Anlaß geben kann, ein ganz necessario zu erweisendes factum für erwiesen zu halten, noch auch darauf

10) eine in Rechten gegründete Präsumtion auszusetzen ist; hingegen aber auch

11) der Appellantin bey dem andern membro alternativi probandi noch gar nichts abgesprochen ist, sondern alles demnächst auf dem probando selber beruhet, dieses letztere auch in tantum ganz relevant ist, als in den Regierungsremissorialien expresse enthalten ist, daß Appellaten der Testatricin NB. wahrhaftige Willensmeynung hinlänglich erweisen sollen, als weshalben es auf facta, welche dieses klar an den Tag legen, ankommt, weshalben aber in anteceſſum nichts zu avanciren stehet:

So ist Referens diesem allem nach zwar der unzielsetzlichen Meynung: es seyen die Regierungsremissoriales a quibus pure zu confirmiren; weilen es aber doch für die Partheyen ein gar beschwehrliches Ding ist, dergleichen Sachen, wo iudex superior reformiret, wieder in der ersten Instanz auszuführen, und eben von daher, um dieselbe durch nochmalige appellationes nicht in grösere Kosten und Zeitverlust zu setzen, in der Proceßordnung §. 13. ganz heilsam und ganz expreßiv versehen, auch sonst per notoria, cum iudex semel gravans etc. iuris communis ist, daß wenn sich wirklich ein gravamen bey dem Bescheid a quo findet, dergleichen Sachen nicht wieder an Richter voriger Instanz verwiesen, sondern in appellatorio entschieden werden sollen; in casu praesenti aber die in eodem hoc §. enthaltene exceptio a regula gar nicht vorhanden ist: so überlässet Referens zugleich des iudicii Ermessen, ob nicht der in folgender Sentenz begriffene Anhang tanquam iuris praescripti ex officio beyzufügen seye, jedoch compensatis expensis in causa principali, ob appellationem reciprocam et controversiam iuris dubiam, und weilen ohnedem schon in der ersten Instanz wenigstens für die Appellaten gesprochen ist.

DE-

DECISIO CXCVIII.

ARGUMENTUM GENERALE:

QVATENVS HERES SVVS AD PROBATIONEM ABSTENTIONIS AB HEREDITATE PATERNA OBLIGETVR?

SUMMARIA.

Heredem ſuum a probatione abſtentionis in regula liberatum volunt nonnulli interpretes iuris n. 1. 3.
Alii ad eius probationem eumdem adſtringunt. n. 2.
Priores tamen in variis caſibus exceptiones concedunt. n. 4.
Poſteriorum ſententia legibus convenientior videtur. n. 5. 6.
Minoribus dubia res obnoxia eſt, ſi heres ſuus paternam hereditatem per plures annos detinuerit. n. 7. 8.
Creditores probationi immixtionis merito ſubiiciuntur, ſi in factis ſpecialibus et poſitivis deſuper ſe fundaverint. n. 9.
Thema deciſionis ulterius examinatur. n. 10. 11. 12. 15.
Non opus eſt ut heres verbis ſollemnibus. n. 13.
Aut iudicialiter declaret, ſe beneficio abſtinentiae uſurum. n. 14.
Argumenta diſſentientium ponderantur. n. 16.
Singulares circumſtantiae in facto heredem ſuum nonnunquam a probatione abſtentionis liberant n. 17. 18.

DECRETVM.

In Sachen des Verwalters Johann Ernſt B. wider den B. iſchen curatorem bonorum et ad lites, Advocat B. iun. zu R., die von erſterem in concurſu eingeklagte materna und ſonſtige Forderungen betreffend:

werden die von Procurator B. iun. gebetene Appellationsproceſſus mit der Verordnung abgeſchlagen, daß Appellant mit dem ihm wegen angetrettener väterlichen Erbſchaft und dabey zur Hand genommenen beneficii legis et inventarii auferlegten Beweis nicht zu beſchwehren, ſondern der appellatiſche curator bonorum allenfalls den Beweis des Gegentheils und daß Appellant die väterliche Erbſchaft ſimpliciter angetretten habe, zu übernehmen ſchuldig ſey.

Datum d. 2. Nov. 1768.

FAC-

Digitized by Google

FACTUM.

Aus der B. ischen Verlassenschaft, über welche der Concurs erkannt ist, haben sowohl des obaerati Enkel, die T. ischen Kinder, 2000. Rthlr. rückständige Dotalgelder nebst ihren maternis gefordert, als auch des communis debitoris Sohn, der jetzige Appellant B. ebenfalls seine materna verlangt und eingeklagt.

Nach verhandelter Sache erkannte die Regierung am 5ten März a. c.

wird in Ansehung des von der T. ischen Vormundschaft geforderten rückständigen Brautschatzes der Verwalter B. annoch zu dem offerirten Beweis, daß nehmlich der Oberamtsvogt B. zur Zeit des verschriebenen Brautschatzes nicht soviel im Vermögen gehabt, daß er die 2000. Rthlr. pro dote seiner Tochter mitgeben können, sondern besagter Brautschatz ex bonis maternis verschrieben sey, zu lassen — — welcher Beweis dann auch allen übrigen Creditoren hiermit verstattet ist. Soviel aber die von der T. ischen Vormundschaft sowohl, als dem Johann Ernst B. geforderte materna betrifft, so werden beyderseits Imploranten angewiesen, zuforderst der Gebühr Rechtens zu erweisen, daß sie nach dem ao. 1745. erfolgten Ableben des communis debitoris dessen Erbschaft cum beneficio inventarii angetretten, und sich desfalls gerichtlich intra tempus legale erklärt haben; dem curatori aber sowohl als denen sämtlichen creditoribus wird der Gegenbeweis allenthalben vorbehalten.

Hiervon haben beyde Liquidanten anher appelliret. Die Appellation der T. ischen Kinder ist bereits per decretum vom 5ten huius abgethan. Die gravamina des Appellanten B. aber sollen darinen bestehen:

1) daß ihm der Beweis auferlegt worden, was massen sein Vater zur Zeit des verschriebenen Brautschatzes nicht mehr soviel im Vermögen gehabt, daß er die 2000. Rthlr. pro dote seiner Tochter mitgeben können, sondern solche ex bonis maternis verschrieben seyen; da doch in den iudicatis anterioribus dieser Beweis tacite verworfen worden;

2) glaubt Appellant durch den Beweis de non facta immixtione in hereditatem paternam graviret zu seyn; indem die übrigen creditores vielmehr die probationem factae immixtionis zu übernehmen schuldig seyen.

VOTUM.

Es ist aber quoad

1) dieses gravamen, welches auch von der T. ischen Vormundschaft angebracht worden, in dem bey solchen actis befindlichen voto hinlänglich widerlegt worden, und die darin angeführte rationes finden nicht nur gegen den jetzigen Appellanten ihre völlige Application, sondern es kommt noch hinzu, daß Appellant dasjenige, was ihm jetzo dieses Puncts halben zu beweisen auferlegt worden, in retroactis selbst behauptet, und sich zu dessen Beweis erbotten hat;

pag. 176. act. hui. inst. Vol. 3.

und obgleich damals auf solchen Beweis zu erkennen nicht nöthig war: so haben sich doch nachgehends die Umstände geändert, und es ist zum wirklichen concursu creditorum gediehen, wobey der erwähnte Beweis, daß der communis debitor tempore promissae dotis nicht soviel im Vermögen

Digitized by Google

mögen gehabt, allerdings nothwendig ist, und vom appellante, seinem ehemaligen Erbieten gemäß, billig beygebracht werden muß.

Appellant würde auch gewiß kein gravamen daraus gemacht haben, wann er nicht selbst eben soviel Dotalgelder als seinem Schwager T. versprochen worden, im Concurs zu fordern sich einfallen lassen, mithin der oberwähnte Beweis ihm allenfalls selbst zum Schaden gereichen würde.

Allein diese appellantische Forderung ist ganz und gar ungegründet, und das iudicium a quo hätte wohlgethan, denselben sofort damit abzuweisen; wonach sich derselbe des auferlegten Beweises wohl nicht entschlagen haben würde. Noch zur Zeit ist gemeldte seine Forderung nicht für liquid erkannt, und man kann also nicht wissen, ob das iudicium a quo den Appellanten annoch künftig damit abweisen werde; sonsten würde es nöthig seyn, solche Forderung durch das zu ertheilende Decret oder allenfalls praeviis processibus per sententiam zu verwerfen. Was

quoad 2) den andern Beweis, daß Appellant die väterliche Erbschaft cum beneficio legis et inventarii angetretten habe, betrifft: so zeigen die vorhin in restitutorio verhandelte acta, daß Appellant gegen seinen Schwager T., welcher denselben für den Erben seines Vaters angeben wollen, solches ausdrücklich negiret, und behauptet, daß er sich in diese Erbschaft nicht immiscieret habe.

pág. 168. seqq. act. hui. instant. Vol. 3.

Ob nun gleich derselbe auch damals vom beneficio inventarii etwas gedacht: so scheinet er doch nur darum davon Erwähnung gethan zu haben, weil er nicht wußte, was etwa von seiner Vormundschaft, unter welcher er post mortem patris gestanden, geschehen seyn möchte; mithin hat er das beneficium inventarii, wie der Zusammenhang zeiget, nur eventualiter, wann ihm die Immixtion erwiesen würde, opponiret, und kann also mit dem auferlegten Beweis nicht beschwehret werden; sondern es fällt vielmehr das onus probandi auf die creditores, welche erweisen müssen, daß Appellant seines Vaters Erbe geworden, und sich in dessen Verlassenschaft immisciret habe. I

STRUV. *Exerc. 34. th. 22.*
WERNHER *Part. 4. Obs. 229.*
BOEHMER *introduct. in ius digest. Lib. 29. Tit. 2. §. 5.*

In der andern Appellation der T. ischen Vormünder sind diese per decretum vom 5ten huius von solchem, im Bescheid a quo ihnen auferlegten Beweis freygesprochen, und dabey auch nicht für nöthig gehalten worden, denen creditoribus probationem contrarii zu verstatten. Allein es ist dieses letzte aus der Ursache geschehen, weil schon ex actis mit Gewißheit constiret, daß der Advocat T. Nahmens seiner Kinder die grosväterliche Erbschaft repudiirt, und deswegen nur auf den promissam dotem und die materna geklagt hatte. Mit dem jetzigen Appellanten aber hat es eine ganz andere Bewandniß, und es wird daher den creditoribus der Beweis nicht zu benehmen, mithin nachstehendes Decret zu ertheilen seyn.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS. I.

Meines Orts würde schlechterdings auf die Abschlagung der processuum antragen, weil es

bey dem zweyten gravamine auf die beſtrittene Rechtsfrage ankommt, ob heres ſuus abſtinentiam, oder creditores aditionem puram hereditatis paternae beweiſen müſſen? Mir ſcheinet
2 nicht allein erſteres vi

L. 57. Dig. de adqu. vel omitt. hered.

vid. PUFENDORFF *in Obſ. Tom. 3. Obſ. 8.*

in theſi, ſondern auch in hypotheſi von deswegen gegründeter, weil ex actis erſichtlich, daß Appellant noch wirklich in den väterlichen Güter ſitzet, auch die Fürſtl. Kriegs- und Domainencammer wegen des väterlichen receſſus befriediget habe, mithin die Präſumtion gegen ihn militiret.

3 Es hat zwar in theſi Herr Hofrath und Profeſſor Koch zu Gieſen die ſchon vorhin von Herrn Hofrath Böhmer zu Göttingen in anno 1756. in diſſ. de herede ſuo ab hereditate abſtinente et ſe immiſcente behauptete Meynung, daß denen creditoribus der Beweis der Immixtion gegen den heredem ſuum obliege, gegen Herrn Pufendorffen in einer gleichmäſſigen ao. 1766. wohlgeſchriebenen Diſpute: de liberis heredibus ſuis ad probationem abſtentionis non obligatis mit judicioſen Diſtinctionen noch ferner zu beſtärken geſucht.

4 Allein auch dieſer giebt §. 7. dieſer Diſſertation zu, daß der heres ſuus in verſchiedenen Fällen die Abſtention beweiſen müſſe. Nur allein in dem Fall, ſi nemo urſerit declarationem heredis ſui, neque is ſpatium deliberandi impetraverit, will er die creditores etiam poſt 30. annorum ſpatium zum Beweis der geſchehenen Immixtion vi §. 8. dict. diſſ. ſchuldig erkennen.

Meines Orts kann aber auch dieſer Meynung nicht ohne Unterſchied beypflichten. Dann
5 1) iſt expreſſa

L. 1. Cod. de repud. vel abſtinend. hered.

ganz klar, daß die Abſtention ex parte heredis ſui ſo gut, als die Immixtion ex parte creditorum facti probandi, und zwar, wie es heiſet, liquida probatio darzu erforderlich ſey.

conf. MEV. *P. 2. Dec. 142.*

Wenigſtens beweiſet dieſes
6 2) ſoviel, wie es auch analogia iuris mit ſich bringet, daß das beneficium praetorium iuris abſtinendi den heredem ſuum an und für ſich nicht vom onere probandi liberire; indem doch allezeit gezeiget werden muß, daß ein ſolcher heres ſich dieſes beneficii bedienet habe; da alle Doctores gleichwohl darin übereinſtimmen, daß heres ſuus in Anſehung der qualitatis hereditariae die Präſumtion gegen ſich habe, und überdem es in des Erben Willen beruhet ob er ſich dieſes iuris bedienen wolle oder nicht.

FABER *in cod. L. 6. Tit. 12. def. 2. et 3.*

Am allermeiſten aber will
7 3) meines Ermeſſens dieſes in dem Fall ſtatt finden, wann der heres die elterliche Erbſchaft entweder zum Theil oder ganz hinter ſich hat, und ſich nach vielen Jahren, ohne zu zeigen, wo die Erbſchaft quaeſtionis hingekommen, entweder in beneficio confecti inventarii, oder auch in dem iure abſtinendi fundiret. Dann daß man in einem oder andern dieſer Fälle, wohin der caſus ſubſtratus ſich qualificiret, den creditoribus den Beweis der Immixtion auflegen, und der heres

ſich

ſich blos mit der Exception abſtineo adhuc, vel abſtinui, auch nach 30. Jahren loshelfen könnte, dahin kann ich meines Orts ſelbſt des Hrn. Hofraths Koch §. 7. cit. diſſerat. geäuſſerte Meynung der Billigkeit nach niemalen verſtehen, wie dann auch der vom Hrn. Referenten allegirte 8

BOEHMER *introd. in ius dig. Lib. 29. Tit. 2. §. 5.*

bey dem ſeiner Seits gleichfalls behauptenden Satz immixtionem a creditoribus eſſe probandam, die Ausnahme machet, niſi bonis parentum incumbat liberi. Im übrigen ſcheinet mir ohne Zweifel

4) die Probation denen creditoribus jedesmal alsdann zu incumbiren, wann ſie ſich in factis ſpecialibus et poſitivis immixtionis et ſic in aſſerto, heredem ſuum ab hereditate paterna abſtinuiſſe vel abſtinere *non potuiſſe* gründen, und dieſes der Fall zu ſeyn, wovon der §. 10. ſaepius allegatae diſſertationis deswegen einer Contradiction beſchuldigte, von Hrn. Puſendorffen allegirte 9

AVERANIVS *in interpret. iur. Tom. 1. Lib. 1. Cap. 9. n. 81.*

handelt; der aber meines Ermeſſens gar wohl mit dem Satz des ſub aliis circumſtantiis regulariter dem heredi ſuo obligenden Beweiſes der Abſtention ohne wirklichen Widerſpruch beſtehen kann.

Doch überlaſſe den maioribus, welche Meynung man in theſi et hypotheſi annehmen wolle, da es mit dieſer, wie mit denen mehreſten andern unter den Doctoribus in theſi beſtritten werdenden Materien die Bewandniß hat, daß ſelbige bey der applicatione ad factum nicht allgemein, ſondern mehrentheils mit Unterſchied beurtheilet werden müſſen.

VOTVM D.N.I. CORRÆFERENTIS II.

Wann man die leges nachſchläget, worauf ſich die vom Hrn. Referenten allegirte Doctores gründen: ſo findet man deren Meynung, daß nehmlich nicht der heres ſuus die abſtentionem ab hereditate paterna, ſondern vielmehr die creditores die immixtionem beweiſen müßten, keinesweges darin beſtättiget. 10

Dahingegen iſt ex iure bekannt, daß ein heres ſuus *ipſo iure*, imo ignorans heres wird,

§. 3. *Inſt. de heredit. quae ab inteſt.* 11

L. 14. D. de ſuis et legit. hered.

das beneficium abſtentionis aber erſt iure noviori introduciret, und ein beneficium iuris ſingulare iſt, welches nur volentibus gegeben wird; 12

§. 2. *Inſt. de hered qualit.*

mithin an Seiten des heredis ſui, wann er ſolches ergreifen will, eine declaratio voluntatis, weil ſie in facto beſtehet, niemals präſumiret werden kann, ſondern erwieſen werden muß; obgleich nicht nöthig iſt, daß der heres per verba ſollennia dieſes beneficium ergriffen haben müſſe, 13 ſondern ein jeder anderer modus probandi, quo de veritate certo conſtat, hierbey hinlänglich iſt;

L. 57. D. de acquir. vel omitt. hered.

auch keine gerichtliche Declaration von Seiten des heredis ſui nöthig iſt;

L. 12. Dig. de acquir. vel omitt. hered. 14

folglich dieſer Beweis auch per circumſtantias facti geführt werden kann.

Hierzu kommt noch, daß nach dem 15

Digitized by Google

L. ult. C. de iur. delib.

eine *apertiſſima renunciatio* erfordert wird, wann der heres ſuus nicht für den Erben gehalten ſeyn will.

PVFENDORFF *T. 3. Obſ. 8. ibique alleg. DD.*

16 Die Gründe, womit inſonderheit der von dem Hrn. Referenten allegirte

STRVV. *Ex. 34. th. 22.*

die gegentheilige Meynung unterſtützet, ſcheinen mir auch nicht erheblich zu ſeyn.

Dann wann gleich die creditores actores ſind, und der actor regulariter den Beweis führen muß; ſo gilt doch ſolches nur in denen Fällen, wo er keine praeſumtionem iuris für ſich hat. Wann auch gleich die creditores contra heredem extraneum beweiſen müſſen, daß er die Erbſchaft angetretten habe: ſo folgt doch nicht, daß contra ſuum heredem ein gleiches Recht ſtatt habe. Und wann endlich ſchon die abſtentio eine negatio immixtionis iſt: ſo iſt es doch eine negatio praegnans, weil nehmlich eine declaratio voluntatis darzu erforderlich iſt, und dieſe gar wohl erwieſen werden kann. Die Diſtinction inter heredem actu primo et actu ſecundo ſtehet nicht in iure, und iſt auch an ſich hier nicht richtig angebracht, weil der heres ſuus gleich poſt obitum patris actu ſecundo heres wird, imo ignorans et invitus, und ſich nur durch die Ergreifung des erſt iure noviori verſtatteten beneficii abſtentionis davon wieder losmachen kann. Daher auch

MÜLLER *in not. ad* STRVV *d. l.*

die gloſſam und mehr andere Doctores allegiret, welche die Präſumtion gegen die heredes ſuos ſtatuiren. Ich accedire alſo dem voto des Hrn. Correferentis.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS II.

Mit vorſtehenden voto bin zwar verſtanden. Da ich mich aber ex actis erinnere, daß der
17 Appellant, ſobald er majorenn worden, mithin contra aditam hereditatem, (poſito caſu, daß die Vormünder ſich immiſciret gehabt,) reſtitutionem in integrum ſuchen können, poſitive declariret, daß er ſeines Vaters Erbe nicht ſeyn wolle; auch die väterliche Güter nicht iure hereditario ſondern alſo in Beſitz genommen, daß er die Kriegs- und Domainencammer bezahlt hat, und ſich ex iure ceſſo an die Güter hält: ſo wird derſelbe ſich hierauf beziehen, folglich dürfte am Ende der Beweis doch auf die creditores fallen.

CONCLVSVM CONSILII.

Nachdem ex actis ſolche Umſtände erſchienen, welche ſehr glaublich machen, daß ſich Appel-
18 lant der väterlichen Erbſchaft nicht immiſciret habe: ſo iſt in conſilio beliebt, daß es bey dem vom Hrn. Referenten abgefaßten Decret zu laſſen ſey.

DE-

Digitized by Google

DECISIO CXCIX.

ARGUMENTUM GENERALE:

IN QVAESTIONE DIRIMENDA: QVISNAM SVMTVS AD REPARANDVM COEMETERIVM NECESSARIOS FERRE DEBEAT, PRIMARIO AD CONSVETVDINEM LOCI RESPICIENDVM EST.

SUMMARIA.

Licet in dubio aerarium eccleſiaſticum ad ſumtus, quos reparatio et aedificatio coemeterii requirit, obligatum ſit, n. 1.
Caput rei tamen in conſuetudine et obſervantia poſitum eſt. n. 2.
Deciſiones in viſitationibus, ut dicuntur, eccleſiaſticis latae vim rei iudicatae non habent. n. 3.

SENTENTIA.

In Sachen Burgermeiſter und Raths zu Hofgeismar, wider das Miniſterium daſelbſt: iſt die Sache ex officio vor beſchloſſen angenommen, und darauf hiermit zu Recht erkannt:

daß ſententia a qua vom erſten Dec. 1741. jedoch mit Vergleichung der Koſten zu confirmiren ſey. Immaſſen F. O. A. Gericht erkennet und confirmiret V. R. W.

FACTVM.

Als Burgermeiſter und Rath zu Hofgeismar in ao. 1741. bey hieſigen conſiſtorio beſchwehrend vorgeſtellet, daß das dortige Miniſterium, der Obſervanz zuwider, die Reparationen des Kirchhofs nicht mehr übernehmen wollte: ſo hat das Conſiſtorium nach verhandelter Sache unterm 1ten Dec. 1741. den Beſcheid ertheilet:

Würden Kläger die angegebene Obſervanz beſſer als geſchehen erweiſen: ſo erginge darauf ſalva reprobatione was Rechtens.

Von dieſem aber hat der Stadtrath an dieſes Tribunal appelliret, und ſich darauf berufen, daß ihme der Beweis der angeblichen Obſervanz gegen das Reſcript von 1739. vermöge deſſen der Kirche ein anderes zu dociren ſchon injungirt geweſen, mit Unrecht auferlegt worden.

VOTVM.

Das angeführte factum zeigt, daß es vorjetzt darauf ankomme:

ob dem Appellanten der Beweis der angeblichen Obſervanz, daß nehmlich der

Kirchenkaſten jederzeit den Arbeitslohn zu den quäſtionirten Reparationen, die Stadt hingegen allein die Baumaterialien dazu hergegeben, mit Recht auferlegt worden.

RATIONES DVBITANDI.

Nun haben zwar

1 1) Appellanten überhaupt die Regel: quod ſumtus ad reparationem et aedificationem coemeteriorum, tanquam rei eccleſiaſticae, ex aerario eccleſiaſtico ſint ſuppeditandi, ſiquidem onus reparationis acceſſorium ſequitur principale intuitu aedificationis eccleſiarum;

doc. CARPZOV *in iurispr. conſiſtor. Lib. 2. Tit. 24. def. 387. §. 4.*

weniger nicht

2) aus dem bemeldten Reſcript vom 10ten Jun. 1739. ein praeiudicium wegen des bezahlten Pflaſterlohns für ſich; maſſen darinen, wie ſolches

act. 1. inſtant. p. 19.

beyliegt, buchſtäblich enthalten iſt:

> Alldieweilen es aber Inhalts Extracts Kaſtenrechnung de ao. 1732. das Anſehen hat, daß dergleichen Koſten vorhin aus dem Kaſten bezahlet worden: ſo wurde auch vor dießmal bewilliget, daß das quantum derer 13¼. Rthlr. aus dem Kaſten bezahlt werde, jedoch mit Vorbehalt des Kaſtens Befugniß, wann derſelbe hiernächſt, welches bey künftiger Viſitation zu unterſuchen, ein anderes dociren könnte;

und dürfte dieſes

3) ſovielmehr vor dieſelben militiren, weil darin nach vorher von dem conſiſtorio eingezogenem Bericht, adeoque praevia cauſae cognitione den Appellaten der Beweis und ein anderes zu dociren auferlegt worden; wobey aber

4) nicht conſtiret, daß das Miniſterium dieſem Vorbehalt zu ſeiner Zeit ein Gnüge gethan hat; folglich

5) wenigſtens in iudicato zu beruhen ſcheinet, daß Appellaten nicht aber Appellanten die angebliche Obſervanz beweiſen ſollen.

RATIONES DECIDENDI.

Demnach aber

2 1) die ad 1. angeführte Regel nicht ohne Ausnahme iſt; ſondern vielmehr nach gleichmäßigem Anführen des

CARPZOVII *loc. alleg. num. 5. ſeq.*

et BOEHMER. *de iure erigendi cocometer Cap. 2. §. 28.*

vor allen Dingen bey dergleichen Koſten auf die Gewohnheit eines jeden Orts zu ſehen iſt, quia in aedificatione coemeterii univerſorum parochianorum intereſt, ut cadavera puro ac tuto loco reponantur, und dann

2) Appellanten dadurch, daß ſie nachgeben, wie die Stadt zur Reparation des Kirchhofs die Baumaterialia bisher ſuppeditiret, ſelbſt ſoviel geſtehen, daß dieſes onus reparationis wenigſtens

nicht

Digitized by Google

nicht allein der Kirche obliege, folglich die erſt allegirte Regel ſecundum conſuetudinem illius loci ex propriis conceſſis ſchon einen Abfall leidet;

3) was inſonderheit das zum Fundament der appellantiſchen Intention allegirte reſcriptum de ao. 1739. wegen des vor den Kirchhof bezahlten Pflaſterlohns betrifft, daraus ebenfalls ſeinem Innhalt nach erhellet, wie ſothane Verordnung nur interimiſtice und reſtrictive, folglich citra conſequentiam auf den damahligen Fall gemacht, und dabey

4) der Kirche die Ausführung ihrer vermeyntlichen Befugniß ausdrücklich in contrarium vorbehalten worden; dagegen auch

5) das annexum, wann die Kirche hiernächſt bey künftiger Viſitation ein anderes docıren 3
könnte, für kein ordentliches iudicatum, welches den Beweis in partem adverſam devolvirt hätte, Referentis unziehlſetzlicher Meynung nach um deswillen angeſehen werden mag, weil eines Theils noch nicht conſtiret, daß von ao. 1739. bis 1741. da die jetzige Klage entſtanden, eine Viſitation an dieſem Ort gehalten worden, und alſo die Gelegenheit exiſtiret, daß Appellaten ihr Recht docıren können; andern Theils aber bekanntlich bey Kirchenviſitationen, wo doch dieſer Beweis vermeyntlich geführt werden ſollen, keine ordentliche Cognition vorgenommen wird, auch nicht ſtatt finden kann, weil die daſelbſt dirigirende Superintendenten oder Metropolitans keine Jurisdiction haben; vielmehr alſo

6) aus eben dieſem annexo erhellet, wie dieſe Verordnung vor kein ordentlich iudicatum, ſondern nur vor eine bloſe ſalvo iure alterius partis gemachte Interimsverfügung angeſehen werden möge; über dieſes

7) der appellatiſche Theil in priori inſtantia durch die producta

p. 47. et 51. act. 1. inſt.

nicht undeutlich beſchienen, daß wann zeithero die Kirche dergleichen Koſten auf erpreſſen Befehl des conſiſtorii in einem oder dem andern beſondern Fall hergegeben, ſolches ohne Conſequenz geſchehen, auch daß nach Bericht des ehemaligen alten Predigers, dieſelbe nur die Reparationskoſten in der Kirche zu tragen habe; mithin

8) denen Appellanten als actoribus und allegantibus der Regel nach der Beweis der ſupponirenden Obſervanz, daß die Stadt die Baumaterialien nur zu geben, die Kirche aber den Macherlohn in dergleichen Fällen zu entrichten ſchuldig ſey, allerdings vorzüglich incumbiret: So ꝛc.

DECI-

Digitized by Google

DECISIO CC.

ARGUMENTUM GENERALE:
PARENTIBVS PRO VALIDITATE SPONSALIORVM TESTIMONIVM DICERE PERMISSVM EST.

DECRETVM.

In Sachen Johann Ludwig K. und deſſen Ehefrau zu Schwalendorf, contra Juſtinen Sophien H. zu Marburg, verlangte Zeugnißablegung betreffend,

werden die von Procurat. J. iun. gebetene Appellationsproceſſus abgeſchlagen.

FACTUM.

Die Appellatin H. hat der jetzigen Appellanten Sohn den Amtsvogt Kl. zu B. von deswegen belangt, weil er ihr angeblich die Ehe verſprochen, auch ſie und ihre Schweſter ihm in dieſer Hoffnung zu ſeinen Studien vieles hergeſchoſſen. Ohnerachtet nun Beklagter währender Zeit wirklich die Sache ſolange aufgehalten, daß er eine andere geheyrathet: ſo wurde doch die Klage ad reſtitutionem acceptorum und ad intereſſe et ſatisfactionem von Seiten der Klägerin fortgeſetzt, und als derſelben durch Beſcheid vom 17ten Dec. 1762. der Beweis rechtsbeſtändiger ſponſaliorum auferlegt worden, und ſie des Beklagten Eltern und Bruder zu Zeugen angegeben, dieſe aber ſich des Zeugniſſes geweigert und an hieſiges Conſiſtorium provociret, wo ihr Suchen per decretum vom 5ten Sept. 1763. ſchlechterdings abgeſchlagen worden: ſo haben ſie ferner an dieſes Tribunal appelliret.

RATIONES DECIDENDI.

Nachdem nun

1) die gemeineſte Meynung der DDrum dahin gehet, daß in cauſis matrimonialibus Eltern allerdings pro validitate huiusmodi negotii zu Zeugen angegeben werden können;

arg. *C. 3. in f. X. qui matrim. accuſ. poſſ.*
CARPZOV *Lib. 2. iurispr. conſiſtor. def. 66. n. 11.*
MEV. *P. 4. Dec. 258.*
HEIGIVS *P. 2. Qu. 16. n. 33.*
LEYSER *ad D. Sp. 283. M. 17. et 18. cum aliis pluribus.*

dieſes auch

2) in caſu ſubſtrato ſoviel mehr ſtatt finden will, weil der Appellanten Sohn, als Beklag-

ter

ter anfänglich nichts gegen dieſe Zeugen Angabe eingewendet, ſondern ſeine Eltern ſelbſt coram commiſſione ſiſtiret hat; überdem aber

3) aus denen Acten erſcheinet, daß es mit dieſem Eheverſpruch wohl ſeine gute Richtigkeit haben dürfte, weil der Appellanten Sohn der Appellatin wirklich 500. Rthlr. zum Vergleich angebotten; mithin es ſehr hart ſeyn würde, wann man derſelben, den nicht wohl anderſt, als mit denen Appellanten zu führenden Beweis, wo es zumalen nicht mehr auf die Vollziehung der Ehe ankommt, erſchwehren wollte: ſo concludiret Referens ꝛc.

DECISIO CCI.

ARGUMENTUM GENERALE:
POSSESSIO FEVDI AB ONERIBVS LIBERI, IMMVNITATEM PERSONALEM NON TRIBVIT.

SUMMARIA.

Qualitas feudalis immunitatem fundi haud infert. n. 1.
Conſtitutio Haſſiaca, exſtructionem aedium absque conceſſione ſuperioris interdicens, de aedibus, plane de novo exſtruendis, non de reſtituendis intelligenda eſt. n. 2.
Praedium, in quo per immemoriale tempus aedificatio prohibita fuit, liberum cenſetur. n. 3.
Poſſeſſor fundi liberi, in eodem habitans, immunitate gaudet, ſola poſſeſſio autem non liberat. n. 4.

SENTENTIA.

In Sachen des Fürſtlich Heſſen Philippsthaliſchen Mandatarii Grau, wider den Amtsvogt Sobbe zu Friedewald modo Procuratorem fiſci, appellationis, Contributionsfreyheit in actis angezogen betreffend: wird auf alles An- und Vorbringen zu Recht erkannt:

daß der Beſcheid a quo hieſiger Regierung vom 17ten Sept. 1740. zu confirmiren und zu beſtättigen ſey. Als F. O. A. Gericht hierdurch confirmiret und beſtättiget V. R. W. Dann iſt ſowohl dem Appellanten wegen der prätendirten Wiederbebauung der quäſtionirten Hofſtätte, als dem Appellaten wegen der von ihm wiederſprochenen Realimmunität der ſo genannten T. iſchen Lehnſtücke, wann ein oder anderer Theil desfalls zu ruhen nicht gemeynet, die Nothdurft gehörigen Orts in ſeparato auszuführen unbenommen, ſondern allenthalben vorbehalten.

Publicata d. 9. Febr. 1752.

FACTVM.

Das Fürstlich Philippsthalische Haus hat eine in dem Dorfe H. gelegene Hofstätte das D. ische Gut genannt, in qualitate feudi an sich gebracht, und solche hernach an einen Einwohner in H. Nahmens G. zu Afterlehn verliehen, welcher bisher die Contributionsfreyheit davon genossen. Da aber diesen Besitzer ao. 1738. der Amtsvogt S. wegen seiner Person auf die monatliche Contribution pfänden lassen: so erhob der Ph. ische Mandatarius G. bey hiesiger Regierung deswegen Klage. Die Fürstliche Regierung aber wieß durch Bescheid vom 17ten Sept. 1740. den Kläger mit der Beschwerde über den geforderten Contributions beytrag ab, worauf selbiger sich per appellationem an dieses Gericht wendete.

VOTVM.

Es stehen in dieser Sache die Partheyen über drey Puncte mit einander in Contradiction, nehmlich

1) wegen der Realimmunität der D. ischen Lehngüter;
2) wegen Wiederbebauung der dazu gehörigen Hofstätte;
3) wegen der Personalimmunität des jetzigen Afterlehenmanns G.

Allein es sind nicht nur die beyden erstern Puncte in voriger Instanz eigentlich nicht in lite gewesen; es ist darüber vom iudicio a quo nicht erkannt, und haben also diese Puncte anhero nicht devolvirt werden können; sondern es sind auch dieselbe nicht so beschaffen und instruirt, daß man vor jetzo etwas gewisses darinn wird definiren können.

Dann obgleich in Ansehung des ersten Puncts, der Realimmunität es allerdings an dem ist, daß in dem producirten Lehnbrief de 1664. von keiner Immunität der W. oder D. ischen Güter
1 gedacht wird, und da die Lehnsqualität an sich selbst nicht allezeit und unfehlbar eine Immunität von denen Landesoneribus nach sich ziehet, zuforderst von Appellanten titulus oder possessio immemorialis desfalls beygebracht werden müßte.

2 Sodann ratione des zweiten Puncts, der Wiederbebauung der Hofstätte, wohl soviel ohne Bedenken vor gewiß anzunehmen ist, daß die herrschaftliche Verordnung de 1734. wegen verbottenen Anbaues der Wohnhäuser im Lande ohne landesherrliche Erlaubniß, nicht auf diejenige Plätze zu applicireu sey, wo vordem schon Wohnhäuser gestanden; in dem Lehnbrief aber von einer Hofstätte Meldung geschiehet, und die rudera des alten Hauses noch vorhanden seyn sollen.

3 So ist jedoch quoad *primum* dem Appellanten in voriger Instanz von dem Amtsvogt S. die Possession vel quasi der Realimmunität der quästionirten Güter deutlich zugestanden, mit dem notablen Anhang, daß man vor undenklicher Zeit wegen der Freyheit dieses Guts nicht gestattet, dasselbe mit Wohnhäusern zu besetzen, wodurch zugleich virtualiter eine Immemorialpossession der Freyheit eingeräumet wird: folglich noch zur Zeit nicht abzusehn, wie Procurator fisci dagegen aufkommen, und das Gut selbsten contribuabel machen könne.

Quoad *punctum secundum* aber, die Wiederbebauung der Hofstätte hat Appellant nicht in Abrede stellen können, daß diese nehmliche Frage bereits vorhin mit dem Amt Friedewald in Contradiction gewesen, der G. aber von dem vorhabenden Bau wieder abstehen müssen, und seit der Zeit dabey acquiesciret habe. Weil man nun wegen Mangel des Verfolgs und genugsamer Erläu-

terung

terung dieſes Vorfalls, die eigentliche Bewandniß davon vor jetzo nicht gründlich einſehen kann: ſo hat weiter nichts geſchehen können, als daß man in beyden Puncten jedem Theil ſeine Nothdurft in ſeparato vorbehalte.

Was aber den dritten Punct, die Perſonalfreyheit des G. betrifft: ſo hat zwar der Appellant desfalls in voriger Inſtanz eine Turbationsklage angeſtellet, und ſich dabey in der Poſſeßion der Realimmunität von den quäſtionirten Lehngütern gegründet; es würde auch wohl kein Zweifel ſeyn, daß dem G. als Beſitzer ſothaner Güter ebenfalls die Immunität angedeyhen müßte, wann er auf dem freyen Grund und Boden ſeine Wohnung hätte. 4

Gleichwie aber auf den quäſtionirten Gütern bis dato keine Wohnung vorhanden, auch per ſupra dicta noch dahinſtehet, ob ſolche allda angelegt werden könne, indeſſen der G. geſtändiger maſſen in einem Bauerhauſe wohnet, und bisher in der Mannſchaft vor einen halben Mann die onera bereits wirklich getragen: ſo mag ihm auch im übrigen der Beſitz einiger freyen Lehngüter zu H. keine Perſonalimmunität beylegen, noch der Beſitz der Realimmunität auf die Perſonalimmunität gezogen werden, ſondern es iſt ꝛc. 5

DECISIO CCII.

ARGUMENTUM GENERALE:

DE SVCCESSIONE IN BONA COLONARIA SCHAVMBVRGENSIA.

SUMMARIA.

Conſtitutiones Schaumburgenſes permittunt certo modo viduae bonum colonarium in ſecundum maritum transferre n. 1.
Requiſita huiusmodi translationis n. 2.
Portio filialis, die Abfindung, *ſecutis demum nuptiis debetur. n. 3.*
Quod camera domini villicalis quemdam cum villa inveſtiverit, aliis ius ſuum quaeſitum non aufert. n. 4.

SENTENTIA.

In Sachen Hans Henrich Dohmen zu Fühlen, und deſſen übriger in actis benannten Geſchwiſter, wider Chriſtinen Praſuhnin daſelbſt, erbliche Succeſſion in den in actis bemeldten Kötherhof betreffend: iſt auf alles An- und Vorbringen auch erfolgten Schluß hiermit zu Recht erkannt:

Digitized by Google

Daß denen Appellanten als nächsten Erben der letztern Besitzerin die streitige Colonie nebst allen meyerstättischen Pertinenzien, und denen von Zeit des Absterbens dieser ihrer Schwester ihnen erschienenen dazu gehörigen Nutzungen, jedoch gegen fernerweite Verabreichung der, der Appellatin geständiger massen gebührenden Verpflegung, auch allenfalsigen ordnungsmäßigen Abfindung, zu zuerkennen, mithin der Schaumburgische Amtsbescheid vom 13. Aug. 1753. samt dem darauf unterm 27. Octob. dict. anni ergangenen Rintelischen Canzleyrescript solchergestalt zu reformiren, im übrigen aber die gutsherrliche Befugniß wegen ordnungsmäsiger Qualification und Bemeyerung eines oder des andern derer Appellanten überall vorzubehalten seye. Als F. O. A. Gericht erkennet, reformiret, und reserviret, die Unkosten aber vergleichet, V. R. W.

Publicata d. 20. Aug. 1755.

FACTVM.

Henrich Prasuhn hat mit seiner Frauen, Annen Marien Schultzen, drey Kinder, Anna Catharina, Christina und Hans Prasuhn erzeuget. Nach Absterben dieses Prasuhns heyrathet dessen Ehefrau den zweyten Mann, Nahmens Cord Dohme, der schon aus einer vorhergehenden Ehe zwey Töchter hatte, und nimmt denselben in ihr mit ihrem ersten Mann besessenes Köthergut auf, doch so daß wann eines von ihren Kindern erster Ehe die Güter annehmen könnte, ihm nur eine Leibzucht gegeben werden solle; erzeuget auch mit diesem drey Söhne Hans Henrich, Jost Hermann und Johann Tonjes Dohme. Im Jahr 1728. verheyrathet sich Hans Prasuhn mit einer seiner Stiefschwestern, Ilse Marie genannt, und der Stiefvatter tritt ihm den mit der Prasuhnischen Wittwe, des Bräutigams leiblichen Mutter, erhaltenen Kötherhof dergestalt ab, daß er sich die Leibzucht vorbehält, und dabey in denen ao. 1728. errichteten Ehepacten ausgemacht wird:

daß beyde Eheleute einander nach beschrittenen Eheberte unter Jahr und Tag erben sollten.

Die eine von den Prasuhnischen Töchtern, des Bräutigams leiblichen Schwestern, ist bey ihrer Verheyrathung abgefunden worden, die andere aber, Christina genannt, jetzige Appellatin, ist ledig geblieben, und hat ihren Unterhalt, aus dem Kötherhof empfangen.

Nach dem Tode des Hans Prasuhn hat seine Wittwe, sich wieder an Johannes Triebold verehlichet, ihn in den Kötherhof aufgenommen und verabredet:

daß sofort nach beschrittenem Eheberte eins das andere erben solle.

Als nun zuerst dieser Triebold und bald nach ihm seine Frau mit Tode abgehet: so entstehet Streit, wer den vom Henrich Prasuhn herrührenden Kötherhof erben solle; als den sowohl dessen noch übrige ledige Tochter, Christina, als die von dem Cord Dohme mit der Prasuhnischen Wittib erzeugten Söhne, und Brüder der obbenannten Ilse Marie Dohmin verlangten.

Der Beamte zu Schaumburg hat auch, wie es in dergleichen das colonarische Recht betreffenden Vorfällen die Ordnung erfordert, nach beschehener Sequestration und Designation der ganzen Verlassenschaft an die Canzley zu Rinteln berichtet, und darauf per rescriptum die Resolution erhalten:

daß

daß, wofern die Christine Prasuhnin der Stätte vorzustehen nicht im Stande seyn sollte, selbige davon behörig abzufinden, und demnächst der Hof einem tüchtigen colono aus den nächsten Verwandten unterzugeben, und die Bemeyerung ordnungsmäßig vorzunehmen, in Ansehung der Allodialeffecten aber, und deren Vertheilung ebenfalls der Ordnung nach zu Werk zu gehen, und die Sache solchergestalt nach den Landesedicten zu regulliren sey.

Nachdem aber das Amt die Sache untersuchte, und per decretum vom 13ten August 1753. der Christinen Prasuhnin die erledigte Colonie zusprach; die Regierung auch, auf erhobene Appellation der Dohmischen Geschwister, am 27ten Octob. den Amtsbescheid confirmirte: so appellirten diese ferner anhero.

VOTVM.

Nach vorausgesetzter Verhältniß der Sache erscheinet dann gleich anfangs, daß beyde Theile ihr prätendirtes Succeßionsrecht ex iure statutario auf die quästionirte Meyerstätte herleiten, und daß also es dabey lediglich auf die Frage ankomme:

Welcher von beyden Theilen nach Maaß derer Schaumburgischen Landesgesetze zu der vermeyntlichen erblichen Succeßion in den Köthерhof quaestionis am mehresten berechtiget, und wie weit dabey auf die angebliche pendente lite von Fürstl. Renthcammer allhier nomine der Guthsherrschaft erfolgte Confirmation der von der Appellatin an den Vogt B. und dessen Kinder beschehenen Ceßion zu reflectiren seye?

RATIONES DVBITANDI.

Nun erscheinet zwar

1) aus denen von der Appellatin Mutter ao. 1717. mit ihrem zweyten Mann errichteten Ehepacten

pag. 133. actor. priorum.

nur so viel, daß dieselbe diesen in ihr mit ihrem ersten Mann Henrich Prasuhn, der Appellatin Vatter, besessenes Köthergut aufgenommen, doch daß wann eines von ihren Kindern erster Ehe die Güter annehmen könnte, dieser zweyte Mann, der Appellanten Vatter, alsdann nur eine proportionirte und dem Köthergut convenable Leibzucht haben sollen; und es folget hieraus

2) daß durch diese Ehepacten das denen Kindern erster Ehe, und also auch der Appellatin, an dem elterlichen Gut quaestionis zustehende Vorrecht für fest gesetzet worden; ausserdem disponiret

3) die pro informatione abschriftlich hierbey gelegte Verordnung de ao. 1723. worauf sich beyderseits und auch von dem iudicio a quo hauptsächlich bezogen wird, daß

wann bey Ableben eines coloni ein oder mehrere Kinder, so das 18te Jahr erreichet, vorhanden und am Leben seyen, alsdann die hinterlassene Wittib und Mutter dieser Kinder einem andern den Meyerhof zu zu heyrathen nicht berechtiget seyn solle;

und würde alſo

4) wann gezeigt werden könnte; daß eines dieſer Kinder bey der Verheyrathung der Mutter an den zweyten Mann ſchon 18. Jahr alt geweſen, noch der Zweifel entſtehen, ob dieſelbe einmal dem Mann ſo viel, als geſchehen, aus dem Kötherhof zuwenden können? ob auch gleich

5) nachmals, als der Appellantin Bruder Hans Praſuhn der Appellantin Schweſter in ao. 1728. geheyrathet, vermöge derer damals errichteten Ehepacten dieſem die Kötherſtätte von dem Stief- und reſpective Schwiegervatter abgetretten, dabey auch unter Bewilligung der Appellatin und ihrer Schweſter Vormünder verabredet worden, daß die beyde damalige Eheleute einander nach beſchrittenem Ehebette unter Jahr und Tag erben ſollten,

v. pag. 85. et 93. actor. prior.

ſo vermeynet doch beſagte Appellatin an dieſe pacta von deswegen nicht gebunden zu ſeyn, weil darüber kein ausdrücklicher gutsherrlicher Conſens ausgebracht, auch ihres Rechtens ſo wenig, als der gleichwohl nöthigen, bis jetzo noch nicht erhaltenen Abfindung im geringſten darin gedacht worden, mithin ihr das von ihrem Vatter her an die Kötherſtätte quaeſtionis habende Vorrecht in alle Wege vorbehalten geblieben, und alſo auch ihres Bruders Frau zu ihrem Präjudiz kein Recht an dem Hof quaeſtionis acquiriren, noch auf ihren zweyten Mann oder die appellantiſche Geſchwiſter transferiren können; es iſt auch

6) nicht zu leugnen, daß die von denen Appellanten der Appellatin ſchuld gegebene perſonelle Inhabilität, die quäſtionirte Colonie zu verwalten, nach Inhalt des vom Paſtore loci abgegebenem Atteſtats

pag. 126. actor. prior.

ganz ungegründet ſey, und dürfte daher

7) derſelben um ſo mehr das nähere Erbrecht zuerkannt werden müſſen, da ihrem Angeben nach Fürſtl. Renthcammer allhier Nahmens der Gutsherrſchaft ihre an des Vogt B. Kinder geſchehene Ceßion bereits confirmiret; beſagter Gutsherrſchaft aber, da ex actis nicht conſtiret, daß ſelbige in alle die per pacta dotalia geſchehene Verſchreibungen ausdrücklich conſentiret, die Diſpoſition an und vor ſich ohnbenommen ſeyn und bleiben müſſen.

RATIONES DECIDENDI.

Nachdem aber

1) die bey der gegenwärtigen Sache hauptſächlich pro fundamento deciſionis dienende gnädigſte Verordnung vom 1. Dec. 1723., wie ſolche nachmals von der Canzley zu Rinteln per reſcriptum vom 11. Jan. 1724. ins Land ausgeſchrieben worden, ausdrücklich vorſchreibt:

daß, wann ein Colonus mit Hinterlaſſung ein oder mehrerer Kinder, ſo das 18te Jahr noch nicht erreichet, verſtirbet, deſſen hinterlaſſene Wittib und Mutter dieſer Kinder, Fug und Macht haben ſollte, praevia cauſae cognitione der Beamten, in deren anvertrautem Amte der Meyerhof gelegen, und unter deren gerichtlichen Confirmation, als welche darauf, daß der zweyte Ehemann eine zur Verwaltung des Haus- und Feldweſens tüchtige Perſon ſey, und den Kindern erſter Ehe nach dem Vermögen und Gelegenheit des Hofes

deren

deren Abstand und Steuer der Behör determiniret und ausgefolget werde, zu sehen haben, nach Anleitung der Policeyordnung und Observanz, auch selbst weyland Graf Philippsen zu Schaumburg hiebevor ausgelassener Verordnung einem secundo marito zu heyrathen; folglich

2) nach dieser in der ältern landesherrlichen Verordnung und Observanz sich gründenden dispositione legis kein Zweifel ist, daß nicht allein der Appellatin Mutter die Köthersstätte quaestionis zumalen auf die Weise, wie geschehen, daß nehmlich den Kindern erster Ehe, wann eines von ihnen die Güter annehmen könnte, ihr Recht vorbehalten worden, ihrem zweiten Mann zubringen, und dieser hinwiederum solche ao. 1728. der Appellatin Bruder bey der Verheyrathung mit seiner Tochter abtretten können; zudem

3) die in ao. 1728. errichtete brüderliche Ehe pacta so wohl, als die übrige Umstände, da Appellatin tempore litis motae erst 50. Jahr alt gewesen,

v. pag. 9. actor. prior.

deutlich ergeben, daß sie bey der zweyten Verheyrathung ihrer Mutter ao. 1717. das 18te Jahr noch nicht erreichet gehabt, sondern annoch minderjährig, und zu Uebernehmung des Kötherguts ordnungsmäßig nicht qualificiret gewesen; solchergestalt

4) die Ursachen sich von selbst ergeben, warum der Appellatin und ihrer Schwester bey der vor dem Amt geschehenen Errichtung dieser brüderlichen Ehepacten zugegen gewesene Vormünder das, was darinen ordnungsmäßig disponiret ist, genehmiget, und warum besagte Appellatin aus diesen facto so weit verbunden sey, daß sie fernerhin kein Erbrecht auf die quästionirte Colonie behaupten könne; inmassen dann

5) der angebliche Abgang des gutsherrlichen consensus diesen Contract von deswegen nicht 2
aufhebet, weil zu der Gültigkeit dieser Disposition nach Maaß der obangezogenen Verordnung de ao. 1723. weiter nichts, als die wirkliche vi protocolli

v. pag. 85. et 93. act. prior.

geschehenen Cognition und Confirmation des Beamten erforderlich gewesen; hiernächst

6) die nunmehro das 50ste Jahr ihres Alters übersteigene Appellatin dieses pactum ipso facto dadurch ratihabiret hat, da sie, wie nicht in Abrede gestellet wird, die ganze Zeit hindurch, als der Appellanten Schwester diesen Kötherhof in der ersten und auch so gar in der zweyten Ehe besessen,

v. pag. 217. act. prior.

mit ihrer daraus ordnungsmäßig erhaltenen Verpflegung zufrieden gewesen, ohne sich einmal zu melden, als von eben besagter Appellanten Schwester noch in ao. 1739. dem zweyten Ehemann das Erbrecht an dieser Köthersstätte in pactis dotalibus bewilliget worden; eben so wenig sich auch

7) behaupten lässet, daß der Appellatin ihr prätendirtes Erbrecht auf die quästionirte Colonie 3
von daher in salvo geblieben seyn sollte, weil sie bis diese Stunde keine ihr gleichwohl gebührende Abfindung daraus erhalten, noch solche bey ihres Bruders errichteten Ehepacten ausgeworfen worden; gestalten sowohl die Schaumburgische Policeyordnung,

Cap.

Digitized by Google

Cap. 28. §. Wer auf den Höfen bleibt ꝛc.

als auch die darauf unterm 8. Merz 1736. ergangene landesherrliche Erläuterung mit sich bringet, daß denen Kindern allererst bey ihrer Verheyrathung die auf respective höchstens 100. oder 50. Rthl. bestimmte Abfindung verabreichet werden sollen, die Appellatin aber sich noch wirklich in ohnverheyrathetem Stande befindet, und deswegen mit der geständig genossenen Verpflegung sich bis zum Absterben ihrer Schwiegerin begnügen lassen; dahingegen

8) Appellanten nach, wie vor, erbötig sind, ihr so wohl fernerhin diese statutenmäßige Verpflegung, als auch ereignenden falls die legale Abfindung zu verabreichen;

v. p. 41. act. hui. inst.

überhaupt aber und

9) wann man die Sache recht ansiehet, es nicht anders scheinen will, als daß nicht so wohl die Appellatin, als vielmehr der Vogt B. dessen Kindern sie ihr vermeyntliches Recht cediret, diesen Proceß veranlasset, und bisher getrieben habe;

v. p. 141. 153. 161. et 165. act. pr.

gleichwohl aber

10) wann auch dieser pendente lite die Confirmation und Beleihung mit der Colonie quaestionis von Fürstlicher Renthcammer, wie angegeben wird, erhalten haben sollte, dieses doch nicht anders, als salvo iure tertii, und ohne den Appellanten ihr allenfalls habendes Erbrecht zu benehmen, geschehen können; massen dann der Guthsherrschaft zwar ihr Recht in so weit allerdings ohnbenommen bleibt, daß, wann die Appellanten oder keine unter ihnen zu Uebernehmung der Colonie mit Bestand oder der Ordnung nach qualificiret wäre, sie die Stätte einem andern übertragen kann, keinesweges aber nach der vorhin bekannten Landesverfassung dieses sich so weit erstrecket, daß denen nächsten Erben ihr Recht absque legali causa benommen, und simpliciter ein anderer colonus bestellet werden könnte; wie dann im Gegentheil

11) da ex actis nicht erscheinet, auch nicht einmal sich darauf bezogen wird, daß Fürstl. Renthcammer die in ao. 1728. et 1739. per pacta dotalia wegen dieser Colonie beschehene Veränderungen impugniret haben sollte, nicht anders dafür zu halten ist, als daß selbige die von dem Beamten, vermöge der confirmirten Ehepacten, ordnungsmäßig angenommene colonos ipso facto recipiret habe: so ꝛc.

DE-

DECISIO CCIII.

ARGUMENTA GENERALIA:

I. An ratione legis 6. Cod. de secund. nupt. quae parenti binubo plus relinquere vetat secundo coniugi quam uni ex liberis prioris matrimonii, plures nepotes filii praemortui filiaeve praemortuae pro una persona habeantur?

II. Quid in determinanda filiali portione computetur?

SUMMARIA.

Poenas secundarum nuptiarum in Hassia nostra receptas esse, n. 1.
Et testamentum reciprocum intuitu illarum ex iure romano diiudicandum, nec non easdem ad portionem statutariam extendendas esse, praeiudicio stabilitum est. n. 2. vid. tamen n. 10. et 11.
Iudiciis nostris se probavit sententia eorum, qui poenis istis, licet liberi in secundas nuptias consenserint, tamen locum relinquunt. n. 3.
Sunt Doctores, qui statuunt coniugi secundae plus relinqui non posse quam singulis nepotibus ex praedefuncto filio filiave prioris matrimonii. n. 4.
Donationes quoque inter binubos a legibus ad portionem filialem restringuntur. n. 5.
Donationis remuneratoriae requisita. n. 6. 21. 22.
Exceptiones regulae, quae heredem ad factum defuncti praestandum adstringit. n. 7. 8.
In Hassia nostra uxoribus rusticorum et burgensium dimidia adquaestus competit. n. 9.
Et eatenus poenis secundarum nuptiarum locus non est. n. 10.
Dispositio L. 6. Cod. de sec. nupt. cessat in legato annuo et usufructus n. 12. vid. tamen n. 19.
Privilegia et singularia donationis remuneratoriae. n. 13. 14. 15. 16. 17. 21.
Thema decisionis I. excutitur. n. 18. 20. 23.

SENTENTIA.

In Sachen des Landbereuter Hahn nachgelassener Wittib allhier, wider den Beckermeister Gück, curatorio nomine des Pedellen Gerlachs minorennen Kinder, gleichfalls hieselbst, Testamentsstreitigkeiten, und besonders die Statthaftigkeit der poenarum secundarum nuptiarum betreffend: ist auf alles An- und Vorbringen zu Recht erkannt:

daß der Appellantin nach Maaß des quästionirten Testaments ein mehreres nicht, als der vierte Theil von ihres Mannes Nachlaß als Erben gebühre, im übrigen auch es in Ansehung des ihr vor sich zustehenden halben Erwerbs so wohl, als wegen des §. 3. ihr legirten

Einsitzes im Hause, und wegen derer §. 4. et 6. derselben weiters vermachten Legaten bey dem Inhalt des besagten Testaments billig zu lassen; weniger nicht gedachter Appellantin, in so fern appellatischer Theil binnen einer ihm vom iudicio a quo zu bestimmenden peremtorischen Frist sein Angeben, daß selbige ihrem verstorbenen Ehemann ein mehreres nicht, als ihre Kleidungsstücke, zugebracht, zu erweisen nicht vermag, zur eidlichen Bestärkung ihrer illatorum zu admittiren, und solchergestalt das rescriptum a quo vom 15ten Dec. 1767. zu confirmiren und zu reformiren sey. Als F. O. A. Gericht zu Recht erkennet, respective confirmiret und reformiret mit Vergleichung der Kosten. V. R. W.

Publicata d. 26. Octobr. 1768.

FACTVM.

Der hiesige Landberenter Hahn errichtet mit seiner vor ihm verstorbenen zwoten Ehefrau ein testamentum reciprocum, in welchem er seine drey von seiner nunmehr verstorbenen, und an den Pedell Gerlach verheyrathet gewesenen Tochter erster Ehe nachgelassene Enkelinnen nebst dieser seiner zwoten Frau zu gleichen Theilen zu Erben dergestalt eingesetzt:

daß diese beyderseits zu gleichen Theilen erben, die Frau auch aus der zweyten Ehe, wovon ihr ohnehin der Erwerb zur Hälfte gebührete, die ihm daran zustehende Hälfte mit seinen Enkeln aufs gleicheste theilen;

auch solle vi §. 3.

die Frau den freyen Einsitz im Hause zeitlebens behalten, und dieses nicht ohne ihr Vorwissen und Willen verkauft werden, und da (vi §. 4.) in dieser Ehe 160. Rthlr. auf dem Hause gehaftete alte Schulden abgetragen worden, wovon der Ehefrauen die Hälfte mit 80. Rthlr. ohnstreitig gebühre: so wolle er, daß dieselbe ausser diesen annoch 40. Rthlr. mithin überhaupt 120. Rthl. vom Hause zum voraus haben, und solche sowohl, als den vierten Antheil an denen demnächstigen Hauskaufgeldern nach eigenem Gefallen zu ihrem Unterhalt von seinen Enkeln und Miterben einzufordern befugt seyn solle;

wobenebst er der Frauen noch weiter vi §. 6. verschiedene legata vor den Enkeln zum voraus vermacht.

Nach des testatoris Absterben bringt der nunmehrige Appellat als bestellter Vormund der Gerlachischen Kinder bey hiesigem Stadtgericht klagend vor, daß der testator nicht berechtiget gewesen sey, seiner zwoten Frau ein mehreres als seinen Enkeln zu vermachen, und appellirte, als das Stadtgericht sprach:

daß es bey der unterm 2ten May 1759. errichteten ad acta gegebenen Disposition lediglich zu lassen, und die Beklagtin also von angestellter Klage zu absolviren sey,

an Fürstliche Regierung. Diese erkannte auch per remissoriales:

daß nicht nur die in dem grosväterlichen Testament der appellatischen Wittib und respective Grosmutter besonders vermachte Sachen denen appellantischen Enkeln erster Ehe privative zu überlassen, und die übrige grosväterliche Verlassenschaft zwischen denenselben und der

Appel-

Appellatin in vier gleiche Theile zu vertheilen, ſondern auch appellatiſche Wittib ihre illata rechtlich zu erweiſen ſchuldig ſey.

Hierdurch hielte ſich die beklagte Eheſrau graviret, und wandte ſich appellando an dieſes Gericht.

RATIONES DVBITANDI.

Nun iſt zwar

1) bey dieſem Tribunal in theſi die Statthaftigkeit der poenarum ſecundarum nuptiarum, ſoviel inſonderheit die Frau angehet, in hieſigen Landen, ob zwar der Canzler Hert in ſeinen reſponſis 1

Reſp. 188. n. 7.

referiret, daß dergleichen, denen eingezogenen Berichten nach, in Heſſen nicht ſtatt finde, überhaupt per praeiudicium allſchon, ſo wie bey hieſiger Regierung beſtättiget.

vid. *Deciſ. noſtr. 110.*

Es iſt auch

2) durch eben dieſes praeiudicium der Zweifel, ob ein teſtamentum reciprocum intuitu poenarum ſecundarum nuptiarum nach den römiſchen Rechten zu beurtheilen, auch ob beſonders dieſe Strafe auch auf portionem ſtatutariam zu extendiren ſtehe, nach der Meynung des Leyſers 2

Spec. 300. Med. 5. et 6.

in affirmativam, wie es ſcheinet, entſchieden worden; maſſen damaliger Herr Referent

cit. Dec. 110. n. 3.

ſupponiret hat, daß hier in Heſſen keine portio ſtatutaria bekannt, und alſo auch auf deren beſondere Rechte nicht zu reflectiren ſey; und da man in dieſem Stück blos denen römiſchen Rechten nachgehet, ſo dürfte auch ferner

3) folgen, daß, obgleich verſchiedene Doctores mit dem von dem appellantiſchen Theil

p. 11. actor. hui. inſt. 3

allegirten Brunnemann ſtatuiren, daß die Kinder, wann ſie in die zweyte Ehe der Eltern conſentiren, nicht auf die poenas ſecundarum nuptiarum ſich berufen können, doch bey hieſigen Gerichten die übrigens in dieſer Materie angenommene contraire Meynung des Leyſers

Spec. 300. Med. 12. et

PVFENDORFF *Tom. 1. Obſ. 24.*

den meiſten Beyfall finde; mithin die Appellantin mit dem Beweis ihres desfallſigen aſſerti ſo viel weniger zu hören ſey, da allerdings aus dem bloſen, mehrentheils nicht von der Kinder freyen Willen dependirenden Conſens in die anderweite Verheyrathung der Eltern, nicht auf die Begebung ihrer Rechte geſchloſſen werden mag. Obwohl auch weiter

4) verſchiedene Doctores mit dem von dem vorigen Hrn. Referenten bey Erkennung derer proceſſuum allegirten 4

SANDE *in Dec. Lib. 2. Tit. 3. Def. 5.*

der von der Appellantin behaupteten Meynung in theſi beypflichten, quod coniugi ſecundae

plus relinqui non poſſit, quam ſingulis nepotibus ex praemortuo filio filiave prioris matrimonii; quoniam ſi plures ſint nepotes ex filio praemortuo, illi in defuncti parentis locum ſuccedant, eumque repraeſentent, ita ut omnes nepotes ex uno eodemque filio vel filia pro uno tantum cenſeantur; mithin nach dieſen Sätzen der Appellantin nach ihrer Behauptung die Hälfte des ganzen Vermögens zukommen würde: dieſe doch von andern widerſprochene Meynung in hypotheſi nichts zur Entſcheidung beytragen kann, weil nach Referentis Ermeſſen aus dem teſtamento quaeſtionis erhellet, daß der teſtator die Appellantin weiter nicht, als zum vierten Theil; mithin in ſoweit denen gemeinen Rechten gemäß zur Erbin eingeſetzet; da er nicht nur §. 2. disponiret, daß ſie mit ſeinen dreyen Enkeln zu gleichen Theilen erben ſolle, ſondern auch dieſes durch den Innhalt des §. 4. noch deutlicher wird, woſelbſt geſaget iſt, daß ſie an denen demnächſtigen Hauskaufgeldern, auſſer der ihr vi adquaeſtus gebührenden Hälfte, und ferners verordneten 40. Rthlr. noch den vierten Theil an dem übrigen haben ſolle; manifeſto indicio, daß er ihr überhaupt nur den vierten Theil zugedacht; folglich auch in ſubſtrato auf jene in theſi beſtrittene Frage es nicht ankommt. Was ferner

5) die §. 3. et 6. teſtamenti nebſt dem freyen Einſitz ad dies vitae im Hauſe verordnete legata betrifft, ſo ſcheinen zwar ſelbige nach Inhalt des Teſtaments eine inter virum et uxorem an ſich irrevocable donationem remuneratoriam zu involviren; mithin auch in Anſehung dieſes favoris die Beurtheilung nach dem rigore poenarum ſecundarum nuptiarum dabey nicht ſtatt zu finden. Da aber der L. 6. Cod. de ſecundis nuptiis generaliter auch die donatio-
5 nes inter binubos ad portionem filialem reſtringiret, und überdem dafür zu halten iſt, daß die appellantiſche Ehefrau durch die angerühmte Verpflegung ihres alten Ehemannes ein mehreres nicht gethan, als wozu ſie naturaliter et de iure verbunden, in ſolchem Fall aber die Vorrechte
6 der donationis remuneratoriae ceßiren:

LEYSER *ad Pand. Spec. 436. med. 2. et 3.*

ſo dürfte es auch in dieſem Stück, ſo wie

6) in Anſehung des adquaeſtus und der illatorum bey der Erkänntniß des iudicii a quo zu laſſen ſeyn; da eines Theils die appellatiſchen Kinder, wann ſie gleich Erben ihres Grosvatters ſeyn wollen, doch in dieſem Stück deſſen factum und Aſſertion von deswegen nicht zu agnoſciren ſchuldig, weil die Regel, heres factum defuncti praeſtat, theils in facto ipſo iure nullo et
7 legibus contrario überhaupt,

doc. FABER *in Cod. Lib. 4. Tit. 2.*

theils quoad diſpoſitionem contra L. 6. C. de ſecundis nuptiis insbeſondere ihren Abfall leidet;

8 STRYCK *de facto defuncti ab hered. non praeſtand. C. 2. n. 57. ſeq.*

BOEHMER *in Reſp. Tom. 3. P. 2. Dec. 39. n. 4. ſeq.*

und überdem

7) Appellaten in hac inſtantia ſich zu erweiſen offerirt haben, daß die Appellantin dem teſtirenden Ehemann weiter nichts, als ihre Kleidungsſtücke zugebracht;

v. pag. 61. act. hui. inſt.

mit welchem Beweis jene wenigſtens ehender zu hören, als dieſe ratione illatorum ad iuramentum ſuppletorium zu admittiren ſeyn möchte.

RA-

Digitized by Google

RATIONES DECIDENDI.

Nachdem aber

1) vermöge deſſen, was ſo eben in ratione dubitandi quarta angeführet worden, die Haupterbeneinſetzung von Seiten des teſtirenden Ehemannes in Anſehung der appellantiſchen Ehefrau mit ſeinen dreyen Enkeln nur zu gleichen und zwar zum vierten Theil Inhalts §. 2. et 4. teſtamenti geſchehen, und dieſe alſo an und für ſich, da der Appellantin nicht mehr, als ein Kindes- oder vierter Theil zukommt, der diſpoſitioni L. 6. C. de ſecund. nuptiis nicht zuwider iſt; folglich auch in ſo ferne von der Gültigkeit des Teſtaments contra hanc legem keine Frage ſeyn kann; ſondern die Appellantin darinen zu weit gehet, daß ſie den Inhalt des Teſtaments auf der Erbeinſetzung zur Hälfte in die Verlaſſenſchaft ihres Mannes extendiren will; dahingegen

2) was den adquaeſtum angehet, die Regierung in reſcripto a quo eigentlich nichts erkannt, ſondern dieſen Umſtand mit Stillſchweigen übergangen hat; gleichwohl aber nach Referentis Dafürhalten es in dieſem Stück bey des Mannes Diſpoſition, daß dieſer der Frauen zur Hälfte gebühre, um ſo billiger ſein Bewenden haben muß, da

3) teſtator in dieſem Stück vi teſtamenti der Frauen nichts voraus vermacht, ſondern nur §. 2. et 4. als ſich von ſelbſt verſtehend angeführet und vorausgeſetzet hat, daß ihr die Hälfte des Erwerbs ohnehin gebühre;

v. fol. 34. et 35. act. prior.

ſolchemnach aber dem Rechte der appellatiſchen Enkeln dadurch nichts entzogen, und alſo auch nicht zu ihrem Präjudiz diſponiret worden; darbenebſt

4) daß denen Ehefrauen unter Bürgern und Bauern der halbe Erwerb allhier in Heſſen regulariter zuſtehe, nicht allein in der Proceßordnung de anno 1745. §. 38. et 39. und durch die neuere Verordnung von Verbeſſerung der Juſtiz §. 27. implicite mit zur Regel angenommen, ſondern auch 9

5) bey dieſem Tribunal 10

vi *Dec. noſtr. 152. n. 4. et 7. et n. 14. et 15.*

per praeiudicium feſtgeſtellet iſt, daß der halbe adquaeſtus dergleichen Frauen gebühre, und in ſofern die poenae ſecundarum nuptiarum nicht einſchlagen; überdem

6) nicht wenige Rechtslehrer der Meynung ſind, daß quoad portionem ſtatutariam, wohin der adquaeſtus obangeführten Umſtänden nach hier in Heſſen zu gehören ſcheinet, die poenae 11
ſecundarum nuptiarum nicht Platz greifen;

STRYCK *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 1. cap. 2. §. 8. cum aliis*

dabenebſt

7) in caſu praeſenti die Deciſion nach der unterm 5. Sept. 1745. ergangenen oballegirten Proceßordnung um ſo mehr zu nehmen ſeyn will, da dem appellantiſchen Anführen nach, die Ehe zwiſchen der Appellantin und deren teſtirenden Ehemann um gleiche Zeit vollzogen worden.

vid. pag. 12. act. hui. inſt.

Ferner

8) was den §. 3. teſtamenti vermachten Einſitz betrifft, dahin die Application des mehrmahls allegirten L. 6. weil dieſes nur ein legatum annuum et uſusfructus involviret, und darum- 12
ter quoad ſubſtantiam denen appellatiſchen Enkeln an und für ſich nichts abgehet,

vi *Nov. 22. cap. 32.*

nicht zu extendiren ſeyn will; wie der ſonſt dieſe poenas ſehr defendirende Leyſer

Spec. 300. med. 21.

ſelbſt nachgiebt; gleichergeſtalt

9) was das §. 4. teſtamenti quaeſtionis enthaltene Vermächtniß der 40. Rthlr. und die weitere §. 6. bemerkte praelegata angehet, Referens nicht unbillig findet, daß ſelbige in vim donationis remuneratoriae der Appellantin zu überlaſſen ſeyn möchten; da ſelbige nicht viel importiren, gleichwohl aber teſtator anrühmet, daß er der Appellantin dieſes, wegen mit ihm in ſeiner langwührigen Schwachheit gehabten groſen Gedult, vieler Mühe und Laſt, und von ihr genoſſenen guten Verpfleg- und Aufwartung voraus vermachet;

v. fol. 36. ſeq. act. prior.

13 die römiſchen Geſetzen aber doch dergleichen remuneratorias donationes ſoweit für irrevocabel halten, daß auch dagegen nebſt andern privilegiis mehr,

v. *L. 34. §. 1. D. de donat. L. 7. §. 2. de donat. inter vir. et uxor.*

LEYSER *Spec. 436. med. 1.*

LVDOLFF *in Obſ. for. Obſ. 300. p. m. 548. ſeq.*

14 nicht einmal querela inofficioſi

ID. *cit. Spec. Med. 5. et 6.*

15 zugelaſſen wird, und alſo dieſes ſoviel ehender in Anſehung der poenarum ſecundarum nuptiarum eine gleichmäßige Anwendung findet, weil donatio remuneratoria de iure nicht einmal pro

16 donatione, ſondern pro debita meriti retributione

arg. l. 27. D. de donat.

MÜLLER *ad* STRVV. *exerc. 30. §. 29. not. lit. g.*

17 gehalten wird, und ſogar bey den Römern auf ſolche Art einer Concubine etwas zu ſchenken erlaubt geweſen;

MENOCH *L. 3. Praeſ. 39. n. 11.*

STRYCK *de bene meritis Cap. 4. n. 58.*

folglich wann gleich der Concubinat abgeſchaft iſt, doch dergleichen Donation noch weit ehender in Anſehung einer zwoten Frau ſelbſt nach den römiſchen Rechten nicht für unerlaubt zu halten;

10) ohnehin in hieſigen Landen dieſer rigor legum in Anſehung des Mannes per interpretationem authenticam allſchon limitiret iſt;

vi *Deciſ. noſtr. 110. n. 16. et 17.*

im übrigen aber

11) die illata der Appellantin inſonderheit betreffend, Referens zwar nicht der Meynung iſt, daß ſelbige auf die bloſe Angabe des teſtatoris ſofort für bekannt anzunehmen, oder dieſelbe darauf ad iuramentum ſuppletorium zu laſſen ſeyn möchte; weil Appellaten ſich zu erweiſen offeriren, daß ſie demſelben weiter nichts als ihre Kleidungsſtücke zugebracht; doch aber auch nicht für nöthig anſiehet, über dieſen auf dem aſſerto ihres Erblaſſers beruhenden, mithin nicht ganz

ver-

verwerflichen Beweis die Erkänntniß in der Hauptsache aufzuhalten: so wird auf folgende mit von selbst sich ergebender Vergleichung der Kosten zu ertheilende Erkänntniß ohnmaßgeblich angetragen.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS. I.

Meines ohnvorgreiflichen Erachtens kommt es darauf an, ob die Enkel an der Mutter Platz 18
tretten, und also kein mehreres Recht haben als ihre Mutter selbst hätte, wann sie noch lebte, wie

SANDE *l. c.*

dafür hält; oder ob jeder Enkel vor sich das Recht hat, zu verlangen, daß sein Grosvatter der Stiefgrosmutter nicht mehr vermachen solle, als eins von den Enkeln bekommt. Ob dieses die Meynung des

L. 6. C. de sec. nupt.

sey, stehet dahin, weil die verba legis etwas zweifelhaft gesetzt sind.

Nach der ersten Meynung bestehet das quästionirte Testament in allen Stücken, da die Appellaten selbst nicht sagen können, daß sie zusammen weniger bekommen hätten oder bekämen wie die Appellantin. Nach der letzteren Meynung hingegen kann die Wittib überall mehr nicht ex substantia mariti bekommen, als was das geringste von den Appellaten erhalten hat, welches untersucht, und der etwaige Ueberschuß den Appellaten zuerkannt werden müßte.

Der ususfructus, oder die habitatio legata kommt hierbey mit in Anschlag, und die Nov. 19
22. C. 32. schliesset diese Computation nicht aus, sondern redet von derjenigen andern poena secundarum nuptiarum, wovon dermalen keine Frage ist. Meines Orts wäre der erstern Meynung zugethan, und würde es daher bey dem Testament, sowohl in Ansehung der zum vierten Theil beschehenen Erbeinsetzung, als ratione der übrigen Vermächtnisse schlechterdings lassen, und ratione illatorum pro voto Domini Referentis sprechen.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS. II.

Wann man die Worte des 20

L. 6. C. de sec. nupt.

nachsiehet, und dabey das bey den Römern aufs ausserste getriebene, und von einigen Kirchenvätern in den ersten Jahrhunderten des Christenthums mit blindem Eifer unterstützte odium secundarum nuptiarum bedenket:

vid. IAC. PETR. HARTMAN *Diss. sub praesidio* IOH. IAC. HELFFERICHII. (TVBINGAE 1745.) *habita, de secundis nuptiis* §. 5.

so sollte es fast scheinen, daß ein Grosvatter seiner zweyten Frau nicht mehr als einem seiner Enkel hinterlassen könne; dummodo nepotes, cum patruis non concurrant, sed soli, adeoque in capita succedant. Ich kann mich also noch zur Zeit nicht entschliessen, der Meynung des Herrn Correferentis beyzutretten. Ich glaube aber auch mit dem Herren Referenten, daß es in substrato nicht darauf ankommt. Dann in gedachtem lege ist nur von einem lucro hereditario die Rede; 21

die

Digitized by Google

die donationes remuneratoriae ſind aber inſtar tituli oneroſi, adeoque non cadunt in poe-
22 nam ſecundarum nuptiarum. Zweyerley requiſita ſetzen die Doctores nur hinzu, nehmlich, ut bene merita, quia in facto conſiſtunt, probentur, und 2) ut ex iis per ſe iam actio naſcatur iure perfecto.

HARTMANN *loco cit.* §. *12.*

Das erſte requiſitum wird, wie ich ex relatione erſehe, von appellatiſchem Theile ſelbſt nicht geläugnet und bedarf alſo keines Beweiſes; das andere requiſitum hingegen iſt ein commentum Doctorum; geſtalten es nach dem

L. 25. §. 11. D. de petit. hered.

donationes remuneratorias allerdings giebt, quae tantum naturaliter non autem civiliter debentur.

LEYSER *Sp. 434. Med. 10.*

Aus dem Teſtament und aus dem ſtillſchweigenden Nachgeben des Appellati erhellet auch, daß Appellantin auſſerordentlich viel Mühe mit dem teſtatore, bey ſeinen kränklichen Umſtänden, gehabt hat, und wann gleich alles dieſes unter dem mutuo adiutorio, welches ſie ihm ſchuldig war, begriffen ſeyn mag, und einige Doctores in officiis perfectis gar keine donationem remuneratoriam ſtatuiren: ſo hat nach dem

L. 15. §. 1. D. de manumiſſ. vind.

doch in dergleichen auſſerordentlichen Fällen ein bene meritum Platz. Ich halte mich lediglich hieran, und übergehe, was

LEYSER *Sp. 436. Med. 2. 3.*

mit andern Doctoribus ganz unbeſtimmt lehret, und accedire alſo dem Hrn. Referenti.

VOTVM DNI. CORREFERENTIS III.

23 In dieſer quoad theſin einigermaſſen zweifelhaften Sache ſcheinet mir doch die Meynung derer am probabelſten, welche hier die Enkel nur für eine Perſon rechnen. Dann ich kann in L. 6. Cod. de ſec. nupt. keine Urſach finden, warum die Enkel melioris conditionis als ihre Mutter ſeyn, und einen ſtärkern Anſpruch auf das grosväterliche Vermögen haben ſollten, als ihre Mutter gehabt hätte, wann ſie noch lebte, und warum jemand noch bey Lebeszeiten ſeiner leiblichen Tochter mehr freye Hände haben ſollte, über ſein Vermögen zu disponiren, und ſeiner zweyten Ehefrau davon etwas zu vermachen, als wann die Tochter geſtorben iſt, und nur Enkel von derſelben vorhanden ſind. Ich glaube alſo, daß der teſtator ſeiner Ehefrau, der Appellantin ex permiſſione legis die Hälfte ſeines Vermögens zuwenden können, es mag nun ſolches per heredis inſtitutionem, oder per legata, oder quocunque alio modo geſchehen ſeyn; wann nur alles zuſammen gerechnet dimidiam partem bonorum nicht überſteiget, welches aber vom Appellaten nicht vorgegeben wird. Mit dem Herren Correferente I. bin ich derohalben der ohnmaßgebigen Meynung, daß die Erbeinſetzung und die legata auf gleiche Weiſe und aus gleicher Urſache für gültig zu erkennen wären. Bey dem gegenwärtigen Fall machet dieſes in effectu keinen Unterſchied, ſondern es betrifft blos formalia ſententiae, mit welcher mich dann im übrigen conformire.

INDEX

INDEX
RERVM PRAECIPVARVM IN DECISIONVM
Tomo VII.

Abſtentio ab hereditate.

Quatenus heres ſuus ad ejus probationem obligetur. Dec. CXCVIII. p. 129.
Heredem ſuum a probatione eius in regula liberatum volunt nonnulli interpretes juris. p. 131. n. 1. p. 132. n. 3.
Alii ad ejus probationem eundem adſtringunt. p. 132. n. 2.
Priores tamen in variis caſibus exceptiones concedunt. ibid. n. 4.
Poſteriorum ſententia legibus convenientior videtur. ibid. n. 5. 6.
Minoribus dubiis res obnoxia eſt, ſi heres ſuus paternam hereditatem per plures annos detinuerit. ibid. n. 7. et p. 133. n. 8.
Creditores probationi immixtionis merito ſubjiciuntur, ſi in factis ſpecialibus et poſitivis deſuper ſe fundaverint. ibid. n. 9.
Non opus eſt ut heres verbis ſollennibus aut judicialiter declaret ſe beneficio abſtinentiae uſurum. ibid. n. 13. 14.
Singulares circumſtantiae in facto heredem ſuum non nunquam a probatione abſtentionis liberant. p. 134. n. 17. 18.

Adqueſtus.

vid. *communio bonorum conjugalis.*

Actio confeſſoria.

Utilis ex jure venationis datur contra impedientes et turbantes. p. 64. n. 2.

Aedificatio.

De jure aedificandi in ſuo legibus reſtricto. Dec. CXCII. p. 91.
Aedificatio eſt injuſta, quae non intermiſſo legitimo ſpatio aut contra ſtatum antiquorum aedificiorum peragitur. p. 93. n. 4.
Aedificandi licentia in ſuo legibus romanis reſtringitur. p. 95. n. 7.
Nec hodie his legibus uſus poteſt denegari. p. 96. n. 8.
vid. *novi operis nunciatio.*

Aedificium.

Conſtitutio Haſſiaca exſtructionem aedium absque conceſſione ſuperioris interdicens de aedificiis plane de novo exſtruendis non reſtituendis intelligenda eſt. p. 140. n. 2.
Cauſae aedificiorum celerrimae expeditionis ſunt. p. 94. n. 5.
De operis ruſticorum ad aedificia exſtruenda praeſtandis. vid. *operae.*

Alienatio rerum immobilium.

Alienationes rerum immobilium in Haſſia judicialiter confirmandae ſunt. p. 42. n. 1.

Alimenta.

Ratione eorum imploratio officii judicis locum habet. p. 5. n. 2.
Debentur liberis qui ſe ipſos exhibere non poſſunt. p. 9. n. 17.
Quamdiu in patria poteſtate ſunt. ibid. n. 18.
Praeprimis, ſi pater uſumfructum maternorum retinet. p. 10. n. 19.
Alimenta naturalia debentur etiam emancipatis et ingratis. ibid. n. 20.
Quatenus debeantur emancipatis liberis? p. 14. n. 26.

Auctor.

De exceptione nominationis auctoris. Dec. CLXXXVII. p. 63.
An exceptio nominationis auctoris in poſſeſſorio locum habeat dubium quibusdam videtur. p. 64. n. 3.
Nonnulli etiam Doctores putant ſolam nominationem non ſufficere, ſed denunciatio-

Digitized by Google

ciationem ſumtu denunciantis faciendam accedere debere. ibid. n. 4.
Caſus in quo nominatio auctoris ceſſat. p. 67. n. 11.

Beneficium abſtinentiae.
vid. *abſtentio.*

Bona colonaria.
Conſtitutiones Schaumburgenſes permittunt certo modo viduae bonum colonarium in ſecundum maritum transferre. p. 144. n. 1.
Requiſita huiusmodi translationis. p. 145. n. 2.

Bona parochialia.
Parochus pro conſervandis et reducendis bonis parochialibus officio parochiali deſtinatis, vices actoris vel rei absque alia legitimatione ſuſtinere poteſt. Dec. CXCVI. p. 119.
Parocho in bonis parochialibus competit dominium utile. p. 122. n. 4.
Ab uſufructu ordinario aliquo modo diverſum. ibid. n. 6.

Cataſtra.
Nova vim probandi antiquorum non habent. p. 18. n. 13.
Requiſitum cataſtri. ibid. n. 14.
Cataſtrum tertio ignoranti non praeiudicat. p. 19. n. 15.
Libri cenſuales et tributorum vim probandi habent. p. 16. n. 1.

Cenſus.
Cenſita qui nullos fructus percipere potuit nec domino quicquam praeſtat. Dec. CLXXXI. p. 30.

Coemeterium.
In quaeſtione dirimenda, quisnam ſumtus ad reparandum coemeterium neceſſarios ferre debeat, primario ad conſuetudinem loci reſpiciendum eſt. Dec. CXCIX. p. 135. et p. 136. n. 2.
Licet in dubio aerarium eccleſiaſticum ad ſumtus, quos reparatio et aedificatio coemeterii requirit, obligatum ſit. p. 136. n. 1.

Communio bonorum coniugalis.
Ante ordinationem proceſſus nov. uxores jam indiſtincte de adquaeſtu participabant. p. 6. n. 3.
Nec haec lex primario novi quid disponit. ibid. n. 4.
In Haſſia noſtra uxoribus ruſticorum et burgenſium dimidia adquaeſtus competit, p. 151. n. 9.
Et eatenus poenis ſecundarum nuptiarum locus non eſt. ibid. n. 10.

Conductor.
vid. *Locatio Conductio.*

Decimae.
Obſervationes circa Decimas von Auf- und Treſeneyzehnden. Dec. CLXXXIX. p. 72.
Mutatio generis fructuum nil mutat in iure decimarum. p. 74. n. 2. p. 75. n. 4.
Nec ſi hucusque quis jure decimandi quoad certum genus fructuum uſus non fuerit inde renunciatio inferenda eſt. p. 74. n. 3.
Senſus legum haſſiacarum in hoc argumento. p. 75. n. 5.
Quae cum aliis legibus ſpecialibus conſpirant. ibid. n. 6.

Documentum.
Copia copiae aliquando concurrentibus aliis adminiculis probat. p. 114. n. 9. p. 115. n. 11.
Pro inſtrumento quolibet praeſumtio veritatis militat. p. 126. n. 2.

Donatio.
An valeat jure haſſiaco ſpeciali ſi a judice incompetente confirmata eſt. Dec. CLXXXIII. p. 40.
Donationi non nocet, quod contrahentes ex ignorantia ejus confirmationem a judice incompetente impetraverint. p. 43. n. 7.
Donatio enim etiam a judice incompetente confirmari poteſt. p. 43. n. 8. ibid. n. 10.
Adeo ut judex etiam in propria cauſa competens eſſe poſſit. p. 43. n. 9.
Donatio rei immobilis in Haſſia judicialiter confirmanda. p. 42. n. 2.

Donatio modalis.
Propter ingratitudinem revocari nequit. p. 44. n. 12.

Et

Digitized by Google

Et magis ad contractus onerosos quam lucrativos accedit. p. 44. n. 13.

Donatio mortis causa.

A quovis magistratu confirmari potest. p. 42. n. 4.
Quid illa sit? p. 43. n. 6.

Donatio remuneratoria.

Insinuatione non eget jure communi p. 42. n. 3.
Characteres ejus. ibid. n. 5.
Privilegia et singularia ejus. p. 152. n. 13. 14. 15. 16. 17. p. 153. n. 21.
Requisita ejus. p. 154. n. 22.

Edictum D. Hadriani.

De remedio ex L. fin. C. de edict. D. Hadr. tollendo. Dec. CXC. p. 76.
Vitium visibile testamenti parentum inter liberos non est legatum personae extraneae relictum. p. 78. n. 1.
Quid sit vitium visibile? p. 79. n. 5.
Ad vitia visibilia referendus est defectus facultatis testandi. ibid. n. 6.

Editio documentorum.

Reus actori documenta edere tenetur si favor piae causae huic assistat p. 111. n. 7.
Privilegium, quod fisco ratione editionis documentorum competit ad ecclesiam non potest extendi. Dec. CXCVI. p. 119.
Quidam Doctores fisco editionem documentorum ad probandam actionem ab ecclesia petenti privilegium denegant. p. 120. n. 2.

Emtio.

Emtione per commissoriam legem resoluta emtor arrham et partem pretii soluti perdit. p. 29. n. 3.
Quae regula justa est. p. 30. n. 4.
Quod in emtione autem obtinet ad alia negotia recte applicatur. ibid. n. 5.

Fenestrae.

vid. *servitus luminum.*

Feudum.

Possessio feudi ab oneribus liberi immunitatem personalem non tribuit. Dec. CCI. p. 139.
Qualitas feudalis immunitatem feudi haud infert. p. 140. n. 1.

Fiscus

An contra fiscum locum habeat possessorium. vid. *possessorium.*
De pignore tacito fisco competente. vid. *pignus.*

Frater.

De successione fratrum. vid. *successio ab intestato.*

Furnus.

Secundum parietes alterius eum habere non licet. p. 96. n. 11.

Hereditatis petitio.

Cum ea interdum rei vindicatio recte cumulatur. p. 5. n. 1.

Heres suus.

vid. *abstentio.*

Immunitas.

An possessio fundi liberi immunitatem personalem tribuat. Dec. CCI. p. 139.

Interdictum uti possidetis.

vid. *possessorium.*

Investitura.

Quod camera domini villicalis quendam cum villa investiverit, tertio jus suum quaesitum non aufert. p. 146. n. 4.

Judaeus.

De restricto jure recipiendi judaeos dominis jurisdictionalibus in Hassia competente. Dec. CLXXXVIII. p. 67.
Landsassius in Hassia recipere non potest judaeos nisi prius a domino territoriali literas protectorias vulgo Schutzbriefe impetraverit. p. 69. n. 1.
Nec ordo teutonicus plus ibidem iuris quam ex observantia facultatem dandi iisdem literas receptionis vulgo Aufnahmebriefe habet p. 70. n. 2.
Jurisdictio in judaeos jus eosdem recipiendi non involvit. ibid. n. 3.
Nec hoc ius per praescriptionem immemorialem quidem contra leges prohibentes acquiri potest. p. 71. n. 4.

Digitized by Google

Jurāmentum ſuppletorium.

Quomodo juramentum ſuppletorium ab univerſitate praeſtetur? p. 114. n. 13.

Jurisdictio.

In Haſſia admodum ſervitutis diſcontinuae immemoriali tempore tantum illi praeſcribitur. p. 20. n. 17.

Kriegscollegium.

Judicium militare haſſiacum das Kriegscollegium non gaudet jurisdictione in cauſis realibus. p. 65. n. 10.

Laeſio ultra dimidium.

An proter eam transactio reſcindi poſſit? vid. *transactio.*

Lagerbuch.

vid. *Cataſtra.*

Landesordnungen.

Conſtitutiones Haſſiacae, quae partim allegantur, partim explicantur ſecundum ordinem chronologicum.

Anni

1497. Gerichtsordnung. p. 50. 52. ſeq.
1524. Ausſchreiben *Philippi magnanimi* vom 18. Jul. p. 69.
1702. Verordnung wegen der Juden Aufnahme vom 22. Febr. p. 69.
1722. Jagdordnung. vom 26. Nov. (§. 9.) p. 86.
1723. Verordnung vom. 1. Decemb. die Erbfolge in Bauerngüthern betreffend. p. 144. et p. 145.
1736. Policeyordnung vom 8. Merz. (§. 28.) p. 146.
1737. Zehendordnung (§. 2.) p. 73. p. 75.

Anni

1745. Proceßordnung. (§. 38. ſeq.) p. 54. p. 151.
1746. Oberappellationsgerichts-Ordnung (Tit. 5. §. 13.) p. 54.
1747. Verordnung p. 73. p. 75.
1752. Verordnung vom 29. Dec. p. 54. p. 55.
1767. Verordnung vom 10. Merz (§. 3.) p. 73.

Lex.

Aequum eſt, legem etſi hactenus minus obſervatam ſi contraria obſervantia non conſtat, in uſum revocare. p. 96. n. 9.

Lex commiſſoria.

Transactioni adjecta. vid. *transactio.*

Libri cenſuales.

vid. *cataſtra.*

Locatio conductio.

Conductor remiſſionem mercedis petens vecturas bellicas ut alia damna ſpecificare et de fructibus detrahere debet. Deciſ. CLXXXII. p. 32.

Conductor praeter remiſſionem mercedis reſarcitionem damni petere nequit. p. 39. n. 2.

Per colonum praejudicium domino inferri nequit. p. 64. n. 5.

Ideoque rei vindicatio non competit contra conductorem. ibid. n. 6.

Sed conductor exceptione nominationis tutus eſt. ibid. n. 7.

Mandatum praeſumtum.

Quo caſu illud habeat parochus. vid. *bona parochialia.*

Materna bona.

An pater de illis disponere poſſit. vid. *pater.*

Nominatio auctoris.

vid. *auctor.*

Novi operis nunciatio.

De novi operis nunciatione. Dec. CLXXXVI. p. 58.

Caſus in quibus aedificatio nunciato praeſtita cautione permitti non debet. p. 60. n. 1. 2. 3.

Judici hodie liberior facultas eſt aeſtimatis circumſtantiis cautionem aut admittendi aut rejiciendi. ibid. n. 4.

In qua aeſtimatione et favor publicus aedificiorum aliquid momenti habet. ibid. n. 5.

Pendente appellatione continuatio novi operis praeſtita cautione permitti poteſt, tam ante quam poſt elapſos tres menſes. p. 92. n. 1.

Modo jus nunciantis et aedificantis dubium ſit. p. 93. n. 2.

Nec nuncianti inſigne damnum immineat. ibid. n. 3.

Nuptiae.

An ſolvant patriam poteſtatem? vid. *pater.*

Operae ruſticorum.

De operis ruſticorum. Dec. CXCIII. p. 90.

Ruſtici in dubio non liberi ſed operis obnoxii praeſumuntur. p. 102. n. 11.

Digitized by Google

Operae autem ſtrictiſſime interpretandae ſunt. ibid. n. 12.
Hujus regulae limitationes. ibid. n. 13. 14. et 15.
Operae indeterminatae caſtrenſes Bergbaudienſte quousque extendantur. Dec. CXCV. p. 117.

Ordnungen.

vid. Landesordnungen.

Parochialia bona.

vid. *bona parochialia.*

Pater.

Separatae oeconomiae inſtitutio patriam poteſtatem per totam fere Europam diſſolvit. p. 10. n. 21.
Nuptiae modo pater eas rati habuerit, patriam poteſtatem ſolvunt. p. 11. n. 22.
Pater uſumfructum maternorum retinens nec veſtes matris reſtituere tenetur. p. 12. n. 23.
Pater inventarium aut juratam ſpecificationem edere debet, ſi ſuſpectus eſt. ibid. n. 24.
Separatae oeconomiae inſtitutio et invito patre fieri poteſt. p. 13. n. 25.
Separatae oeconomiae inſtitutio ſecundum praxin Haſſiae non eſt modus finiendi uſumfructum parentum. Dec. CLXXVII. p. 3.
Icti probatiſſimi uſumfructum paternum inſtituta ſeparata oeconomia finiri contendunt. p. 7. n. 5.
Nec dimidiam ejus partem jure romano in praemium emancipationis patri relictam. p. 7. n. 6. eidem concedunt. ibid. n. 9.
Attamen praxis Haſſiae jus romanum in doctrina de uſufructu paterno ſervat. ibid. n. 7.
Nec mores Germaniae contrarii pro generalibus putandi ſunt. ibid. n. 8.
Veſtes maternas pater nomine uſusfructus retinere non poteſt. p. 8. n. 10. vid. tamen p. 12. n. 23.
Pater neque ad inventarii neque ad juratae ſpecificationis editionem obligatus eſt. p. 8. n. 11.
Quod nonnulli Icti patri, qui ad ſecundas nuptias provolavit, denegant. ibid. n. 12.
Alii rectius tribuunt. ibid. n. 13.
Ad adquaeſtum autem id jus applicandum non eſt. ibid. n. 14.
Leges haſſiacae in hoc argumento. ibid. n. 15.
Earum diſpoſitione neglecta pater omnino ad inventarium aut juratam ſpecificationem tenetur. p. 9. n. 16.
Nuptiae filios a patria poteſtate non liberant. p. 14. n. 27.

Pignus.

De hypotheca tacita fiſci in bonis adminiſtratorum. Dec. CLXXXIV. p. 45.
Pignus in re immobili conſtitutionibus haſſiacis judicialiter confirmandum eſt. p. 46. n. 1.
Oppignoratio exiſtente jam concurſu facta nulla eſt. p. 46. n. 2.
Fiſcus in bonis adminiſtratorum, quae habent tempore ſuſcepti officii, hypothecam legalem habet. ibid. n. 3.
Ex communi opinione omnibus aliis hypothecis publicis poſterioribus praeferendam. ibid. n. 4.
Conſtitutio haſſiaca de confirmatione judiciali pignorum ad pignora tacita non pertinet. ibid. n. 5.
Creditori pignus generale jam habenti non nocet, quod poſtea, ſibi ſpeciale quoque conſtituendum curaverit. ibid. n. 6.

Portio filialis.

Portio filialis (Abfindung) ſecundis demum nuptiis debetur. p. 145. n. 3.
Quid in determinanda filiali portione computetur. Dec. CCIII. p. 99.

Poſſeſſio.

Inſtrumentum poſſeſſionem probaturum de actibus poſſeſſoriis teſtari debet. p. 20. n. 18.

Poſſeſſorium.

De interdicto uti poſſidetis. Dec. CXCIII. p. 99.
Interdictum uti poſſidetis utile cui detur? p. 100. n. 1.

Digitized by Google

Requirere illud videtur, ut actor tempore litis conteſtatae poſſederit. ibid. n. 2.
Quod praeſumitur ex poſſeſſione antiquiori. ibid. n. 3.
A tempore enim praeterito praeſumitur in praeſens p. 101. n. 4.
Senſus Cap. 9. X. de probat. ibid. n. 5.
Iunior poſſeſſor ergo praeferendus eſt. ibid. n. 6.
Si ſcilicet de interdicto ut poſſidetis ſummariiſſimo ſermo ſit. ibid. n. 7.
In ordinario enim ad poſſeſſionem qualificatam reſpicitur. ibid. n. 8.
Et probata poſſeſſione antiquiori junior vitioſa praeſumitur. ibid. n. 9.
Si probationes aequales ſunt utraque pars in poſſeſſione manuteneri debet. p. 102. n. 10.

Poſſeſſorium ſummariiſſimum.

An et quatenus in cauſis venationem concernentibus, ubi privatus cum principe litigat, poſſeſſorium in Haſſia locum habeat? Dec. CXCI. p. 82.
Fiscum de facto neminem ex poſſeſſione mittere poſſe propius vero eſt. p. 83. n. 2.
Imo conſtitutiones haſſiacae poſſeſſorium ſummariiſſimum in genere contra principem concedere videntur. ibid. n. 3.
Quidam DD. ad effectum manutenentiae in regalibus poſſeſſionem decennalem requirunt. p. 84. n. 4.
In poſſeſſorio ſummariiſſimo contra fiscum qualitas et juſtitia poſſeſſionis reſpicienda eſt. p. 88. n. 9.

Poſtgelder.

Reditus ex curſu publico (Poſtgelder) eadem jura cum aliis reditibus fiſci habent. p. 48. n. 7.

Praeſcriptio.

Non interrumpitur per litem in qua actor ſuccumbit. p. 17. n. 2.

Praeſcriptio exſtinctiva.

Actio quae vivente anteceſſore jam exſpiravit non poteſt tranſire in ſucceſſorem. p. 27. n. 11.

Praeſcriptio immemorialis.

Privilegio aequiparatur. p. 74. n. 1.
De modo probandi illam in tribunali noſtro uſitata. p. 87. n. 8.

Praeventio.

Praeventio jurisdictionem concurrentem ſupponit. p. 19. n. 16.

Probatio.

Non poteſt opponi exceptio deſertae probationis, ſi in ſententia probationem injungente terminus peremtorius non fuerit praefixus. p. 109. n. 1.

Refectio.

De obligatione reficiendi templa quatenus patrono eccleſiae incumbat. Dec. CXCIV. p. 106.
De obligatione curandi refectiones minores non poteſt concludi ad onus ſumtuoſae reparationis (Hauptreparatur) vel reaedificationis totalis. p. 110. n. 5.
Quatenus patronis eccleſiae onus reficiendi templum incumbat? p. 111. n. 6. p. 115. n. 12.

Refectio coemeterii.

vid. *Coemeterium.*

Rei vindicatio.

Emphyteuta et vaſallus rei vindicatione conventus exceptione nominationis auctoris utitur. p. 64. n. 6. et 7.
DD. contraſentientes nominationem auctoris cum denominatione litis confundunt p. 65. n. 9.
An rei vindicatio competat conductori vid. *Locatio conductio.*

Remedium ex L. fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo.

vid. *Edictum D. Hadriani.*

Remedium ſpolii.

vid. *ſpolium.*

Remiſſio Mercedis.

vid. *locatio conductio.*

Reus.

Ab omnibus, qui tenent et reſtituendi facultatem habent, regulariter peti poteſt. p. 64. n. 1.

Rotulus teſtium.

vid. *teſtis.*

Secundae Nuptiae.

An ratione L. 6. C. de ſecundis nuptiis quae parenti binubo plus relinquere vetat ſecundo conjugi, quam uni ex liberis prioris matrimonii, plures nepotes filii praemortui, filiaeve praemortuae pro una perſona habeantur. Dec. CCIII. p. 147.

Poe-

Digitized by Google

Poenas secundarum nuptiarum in Hassia receptas esse. Dec. CCIII. p. 149. n. 1.
Et testamentum reciprocum intuitu illarum ex jure romano dijudicandum, nec non easdem ad portionem statutariam extendendas esse, praejudicio stabilitum est. p. 149. n. 2. vid. tamen n. 151. n. 10. et 11.
Judiciis Hassiacis se probavit sententia eorum, qui poenis istis licet liberi in secundas nuptias consenserint, tamen locum relinquunt. p. 149. n. 3.
Sunt D. D. qui statuunt conjugi secundae plus relinqui non posse, quam singulis nepotibus ex praedefuncto filio filiaeve prioris matrimonii. ibid. n. 4.
Donationes quoque inter binubos a legibus ad portionem filialem restringuntur. p. 150. n. 5.
Dispositio L. 6. C. de secundis nuptiis cessat in legato annuo et usufructus p. 151. n. 12. vid. tamen p. 153. n. 19.

Separata oeconomia.

De effectu ejus ratione patriae potestatis. vid. *pater*.

Servitus luminum.

Differunt servitus luminum et jus aperiendi fenestras in proprio pariete per statuta negatum. Dec. CLXXXVI. p. 58.
Quid sit servitus luminum? p. 60. n. 6.
Et quid aperiendi fenestram in proprio pariete. p. 61. n. 7.
Ab hac ad illam non procedit conclusio. ibid. n. 9.
Quid ad probandam servitutem, ne luminibus officiatur, requiratur. ibid. n. 8.

Servitus stillicidii.

Quantum spatii servitus stillicidii comprehendat. p. 61. n. 10.

Spolium.

De remedio spolii ejusque requisitis. Dec. CLXXVIII. p. 15.
Qui de spolio quaeritur ante omnia possessionem probare debet. p. 17. n. 4.
A parte dejicientis vero requiritur injusta dejectio. ibid. n. 4.
Spoliatus ergo restitutionem non impetrat antequam de justa retinendi causa doceat. p. 18. n. 5.
Nulla exceptio contra actionem spolii locum habet. ibid. n. 6.
Quod declaratur. p. 18. n. 7. et 8.
Et limitatur. ibid. n. 9. 10. 11. et 12.

Sponsalia.

Parentibus pro validitate sponsaliorum testimonium dicere permissum est. Dec. CC. p. 138.

Stillicidium

vid. *servitus stillicidii*.

Successio ab intestato

Duplicitas vinculi ultra fratrum liberos non attenditur. Dec. CLXXXV. p. 49.
In patruis et avunculis origo bonorum non spectatur. Dec. CLXXXV. p. 49.
In solis fratribus unilateralibus originis bonorum ratio habetur. p. 50. n. 3.
Decisio serenissimi cum actis eo spectantibus, p. 51. n. 6.

Templum.

De refectione ejus vid. *refectio*.

Testamentum nuncupativum.

A notario in scriptura redactum testatori imperito literarum praelegendum est. Decis. CXCVII. p. 123. et p. 127. n. 4.
Hanc praelectionem autem factam esse ex assertione notarii testamento inserta sufficienter non probatur. Dec. CXCVII. p. 127. n. 5.
Praelectionem in testamento imperiti literarum nonnulli interpretes necessariam non judicant. p. 126. n. 1.
Et factam esse praesumunt. ibid. n. 3.

Testamenta auctoritate destituta.

Testamentum in quo quis de bonis et allodialibus et feudalibus disposuit, quoad feuda tantum nullum est. p. 81. n. 9.

Testamentum parentum inter liberos.

Exheredatio in testamento parentum locum non habet. p. 77. n. 3. p. 80. n. 7.
Haec ergo tale testamentum vitio visibili adficit. p. 77. n. 4.
Institutio inaequalis in testamento parentum inter liberos locum non habet. p. 80. n. 8.

Testis.

Rotulus testium a Notario extrajudicialiter confectus non plene probat. p. 110. n. 4. p. 111. n. 8. p. 115. n. 10.
An parentes pro validitate sponsaliorum testimonium dicere possint. Dec. CC. p. 138.

Trans-

Digitized by Google

Transactio.

Propter laesionem ultra dimidium rescindi nequit. Dec. CLXXIX. p. 24. p. 27. n. 8.
Non valet, si conditiones ejus non impletae sunt. p. 26. n. 1.
Ejus rescissio propter laesionem enormissimam a D. D. vulgo conceditur. ibid. n. 3.
Ut et propter errorem. ibid. n. 4. vid. tamen ibid. n. 5. et 6.
Ob laesionem enormissimam simpliciter rescindi nequit. p. 27. n. 7.
Quid juris sit transactione per legem comissoriam annullata. Dec. CLXXX. p. 28.
Rescissa transactione prior actio restituitur. p. 29. n. 1.
Modo rescissio fiat per restitutionem in integrum, non si propter legem commissoriam. ibid. n. 2.
Si ergo transactio per legem commissoriam resolvitur, nihil penes eum residere oportet; qui fidem fefellit. p. 30. n. 6.
Ideoque si in transactione dominio suo renunciavit, id ipsi non renascitur. p. 30. n. 7.
De collisione plurium transactionum p. 110. n. 3.

Venatio.

Super regalitate venationis interpretes juris certant, et quatenus in tali causa possessorio contra fiscum locus sit, adhuc sub judice lis est. p. 83. n. 1.
Sententia eorum, qui pro fisco decidunt, praesertim secundum leges hassiacas magis fundata esse videtur. p. 85. n. 6.

Vestes maternae.

An pater eas restituere debeat liberis. vid. *pater*.

Visitationes ecclesiasticae.

Decisiones in illis latae vim rei iudicatae non habent. p. 137. n. 3.

Vitium visibile testamenti.

vid. *Edictum D. Hadriani.*

Ususfructus

vid. *pater*,

Digitized by Google